Beiträge zum praktischen Rechte der Eigentümerhypothek.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Richard Semmelmann
aus Bayreuth
Rechtspraktikant am Kgl. Landgerichte zu Bayreuth.

Approbiert am 25. November 1905.

Bayreuth
Buch- und Kunstdruckerei von Carl Giessel
1906.

Beiträge zum praktischen Rechte der Eigentümerhypothek.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Richard Semmelmann
aus Bayreuth
Rechtspraktikant am Kgl. Landgerichte zu Bayreuth.

ACAD. LEGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 25. November 1905.

Bayreuth
Buch- und Kunstdruckerei von Carl Giessel
1906.

Referent: Universitäts-Professor Dr. **Siber.**

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

Seite

§ 1. Das Eigentümerpfandrecht des römischen Rechtes 1
§ 2. Die Entwicklung des Eigentümerpfandrechtes im 19. Jahrhundert 4

Das Eigentümerpfandrecht des geltenden Rechtes.

I. Abschnitt: Allgemeines.

§ 3. 10

II. Abschnitt: Entstehung des Eigentümerpfandrechtes.

A. Entstehung des Eigentümerpfandrechtes in der Hand des Eigentümers.

§ 4. Das Eigentümerpfandrecht bei Eintragung auf den Namen des Eigentümers 28
§ 5. Das Eigentümerpfandrecht im Falle des Nichtbestehens der zu grunde liegenden Forderung 31
§ 6. Das Eigentümerpfandrecht bis zur Uebergabe des Briefes . . . 46

B. Entstehung des Eigentümerpfandrechtes durch Uebergang des Grundpfandrechtes von dem Gläubiger auf den Eigentümer.

§ 7. Das Eigentümerpfandrecht im Falle des Erlöschens der zu grunde liegenden Forderung 53
§ 8. Das Eigentümerpfandrecht im Falle des Verzichtes auf das Grundpfandrecht 80
§ 9. Das Eigentümerpfandrecht im Falle des Vorhandenseins einer *exceptio peremptoria* gegenüber dem dinglichen Rechte . . . 86
§ 10. Das Eigentümerpfandrecht im Falle der Ausschliessung des Gläubigers wegen Nichtausübung des Rechtes 90
§ 11. Das Eigentümerpfandrecht im Falle der Ausschliessung des Gläubigers bei einem fälligen oder kündbaren Grundpfandrechte . 95
§ 12. Das Eigentümerpfandrecht im Falle der Confusio 102
§ 13. Die Eigentümerpfandrechte der Zivilprozessordnung 103

III. Abschnit: Inhalt des Eigentümerpfandrechtes.

§ 14. 106

IV. Abschnitt: Uebertragung, Verpfändung, Pfändung des Eigentümerpfandrechtes.

§ 15. Uebertragung des Eigentümerpfandrechtes 129
§ 16. Verpfändung des Eigentümerpfandrechtes 139
§ 17. Pfändung des Eigentümerpfandrechtes 140

V. Abschnitt: Endigung des Eigentümerpfandrechtes.

§ 18. 151

Literatur.*)

Achilles, Das Bürgerliche Gesetzbuch;
Achilles-Strecker, Grundbuchordnung 1901;
Bachofen, Das römische Pfandrecht Bd. I.;
Biermann, Das Sachenrecht 2. Aufl.;
Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht;
Bruck, Die Eigentümerhypothek;
Buchka, Die Hypothek des Eigentümers 1875;
Cosak, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes Bd. II.;
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes Bd. III. 2. Aufl.;
Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. III. 3. Aufl.;
Dernburg, Das römische Pfandrecht Bd. II.;
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches;
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes Bd. II. 5. Aufl.;
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches 6. Aufl.;
Freudenthal, Zivilprozessordnung 2. Aufl.;
Fuchs, Grundbuchrecht;
Gaupp-Stein, Zivilprozessordnung 1904;
Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II.;
Gönner, Kommentar über das bayr. Hypothekengesetz;
Hachenburg, Vorträge;
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. II.;
Hartmann, Rechte an eigener Sache 1877;
Henle, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 1901;
Henle, Kommentar zum bayr. Hypothekengesetze 1904;
Hölder, Bürgerliches Gesetzbuch B. II. 1.;
Jaeger, Konkursordnung 1902;
Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin an Dr. Richard Koch;
Kreck, Grundbuchordnung 1900;
Kuhlenbeck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I.;

*) Die einzelnen Werke werden mit dem Namen ihres Verfassers zitiert. Wenn Dernburg oder Endemann zitiert ist, dann ist darunter Dernburg „Das römische Pfandrecht Bd. II." bezw. Endemann „Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches" gemeint.

Lange, Die Eigentümerhypothek;
Lenel, Edictum perpetuum;
Maenner, Recht der Grundstücke;
Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht 1871/89;
Mittelstein, Das Hypothekenrecht;
Müller-Meikel, Bürgerliches Recht 2. Aufl.;
Neumann Handausgabe des bürgerlichen Rechtes Bd. I.;
Neumiller, Zivilprozessordnung 1903;
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht Bd. I. 3. Aufl.;
Ortenau-Henle, Kommentar zur bayr. Subhastationsordnung;
Petersen-Anger, Zivilprozessordnung 1901;
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung 1900;
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. III.;
Regelsberger, Das bayr. Hypothekenrecht 1895;
Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. II.;
Rosenthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch;
Roth-Becher, Das bayrische Zivilrecht Bd. II. 2.;
Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuches;
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes;
Seuffert, Zivilprozessordnung 1902;
Siber, Rechtszwang;
Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. III. 2. Aufl.;
Struckmann-Koch, Zivilprozessordnung 1900;
Sydow-Busch, Zivilprozessordnung 1898;
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 2. Aufl.;
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten 7. Aufl.;
Wintscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. I. 6. Aufl.

Abkürzungen.

A. bürg. R.	= Archiv für bürgerliches Recht;
Bayr. Not. Z.	= Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern;
Bayr. Ob. L. G.	= Sammlungen von Entscheidungen des bayr. Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen und von Entscheidungen des Notariatsdiplinarhofes;
Bl. f. R. A.	= Blätter für Rechtsanwendung;
C. Bl. f. G.	= Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit;
Denkschr.	= Denkschrift zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches;
D. J. Z.	= Deutsche Juristenzeitung;
D. Not. V. Z.	= Zeitschrift des Deutschen Notarvereins;
Els. Lothr. Not. Z.	= Notariats-Zeitschrift für Elsass-Lothringen;
Entsch. F. G.	= Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes;
Entsch. R. G.	= Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen;
Gruch. Beitr.	= Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, begründet von Gruchot;
Iher. J.	= Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes;
J. W.	= juristische Wochenschrift;
K. G.	= Kammergericht zu Berlin;
L. G. (mit Ort)	= Landgericht;
Mot.	= Motive zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches;
O. L. G. (mit Ort)	= Oberlandesgericht;
Prot.	= Protokolle zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches;
Rheinpr. Not. Z.	= Rheinpreussische Notariatszeitung;
Rspr.	= Rechtssprechung der Oberlandesgerichte;
Sächs. A.	Sächsisches Archiv;
Soergel Rspr.	= Soergel Rechtssprechung;
Zeitschr. f. Z. P.	= Zeitschrift für deutschen Zivilprozess;
Zeitschr. f. Rechtspfl.	= Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0126

Einleitung.

§ 1.

Das Eigentümerpfandrecht des römischen Rechtes.

Das römische Pfandrecht beherrschen zwei Hauptgrundsätze, einmal der Grundsatz des unselbständigen Charakters des Pfandrechtes, der akzessorischen Natur desselben, kraft deren das Pfandrecht nur bei Vorhandensein einer giltigen Forderung entstehen kann und alle Schicksale derselben teilen muss, andererseits der Grundsatz, dass das Pfandrecht untergehen muss, sobald es sich mit dem Eigentume in einer Hand vereinigt.[1])

Allein diese Grundsätze, rücksichtslos durchgeführt, würden mit der *aequitas* sich wenig in Einklang bringen lassen, wenn infolge des Erlöschens des Pfandrechtes Nachhypotheken ihre Stellung verbessern und in die Stelle einrücken würden, die bisher die erloschene Hypothek innegehabt hatte. Insbesondere würde in den Fällen, wo ein vorgehender Gläubiger das Eigentum an der Pfandsache erwirbt, derselbe gegenüber seiner früheren Stellung wesentlich benachteiligt sein, indem er jetzt sich als Eigentümer der *actio pignoraticia in rem* eines Nachhypothekars schutzlos ausgesetzt sähe, während er früher als blosser Pfandgläubiger die *actio pignoraticia* des Nachhypothekars durch die Einrede des besseren Pfandrechts hätte schlagen können.[2]) Und so finden wir denn auch in den römischen Quellen eine Anzahl von Stellen,

[1]) Neque pignus . . . rei suae consistere potest l. 45. pr. de R. I. L. 17. Vangerow III. S. 271 c.

[2]) Exceptio si non res mihi ante pignoris hypothecaeve nomine sit obligata l. 12. pr. D. qui pot. XX. 4. Lenel S. 397 A. 8.

die darauf schliessen lassen, dass die Römer mit Rücksicht auf die *aequitas* ihre starren Grundsätze durchbrochen haben, und in diesen Stellen wurzeln die Anfänge unserer modernen Eigentümerhypothek.

Sehen wir uns jene Stellen näher an, so finden wir, dass sie drei verschieden geartete Fälle enthalten.

In dem einen Falle handelt es sich um den Erwerb des Eigentums an der Pfandsache seitens des vorgehenden Gläubigers, und zwar unterscheiden die Quellen wiederum, ob bei diesem Erwerbe die durch das *pignus* gesicherte Forderung in Berücksichtigung kam, oder ob sich der Erwerb des Eigentums in der Weise vollzog, dass der Pfandgläubiger die verpfändete Sache für seine Forderung an Zahlungsstatt erhielt, oder dass er sie ankaufte und den Kaufpreis für seine Forderung aufrechnete. Inbetracht kommen hier einerseits *Paulus libro XIV. quaestionum l. 30. §. 1. D. de exceptione rei indicatae XLIV. 2. . . . in proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio acquisito; neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore; actio tamen pignoraticia competit; verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse*[3], und *l. 59. pr. D. ad S. C. Trebellianum XXXVI. 1.: debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere heredidatem filiae suae; quum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adiit et restituit. . . . et hic Serviana actio tenebit, verum est enim non esse solutam pecuniam*[4], andererseits *Imp. Alex. A. Athenioni l. 1. C. si antiqu. cred. VIII. 20.: Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum antem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.*[5] Während in dem ersten Falle der Gläubiger-Eigentümer zur Wahrung seiner Rechte

[3]) Dernburg S. 571 ff., Bachofen S. 84 ff. Vangerow I S. 900, Buchka S. 9 ff., Hartmann S. 39 ff., Windscheid S. 867 ff.

[4]) Dernburg S. 569, Bachofen S. 44.

[5]) Dernburg S. 574, Bachofen S. 93, 539, 581, Buchka S. 31 ff., Hartmann S. 45 ff.

die *actio pignoraticia* zugebilligt erhält, da die formalen Voraussetzungen der *formula . . . satisfactum non esse — non solutam esse pecuniam* noch erfüllt sind, wird im 2. Falle dem Gläubiger mit einer *exceptio si non mihi ante pignoris hypothecaeve sit res obligata* gegen die *actio hypothecaria* des Nachhypothekars, bezw. falls er sich erst mit der *rei vindicatio* in den Besitz der Pfandsache setzen will, mit einer entsprechenden *replicatio* gegen die *exceptio* des Pfandrechtes geholfen; die Nachhypothekare haben aber dagegen das *ius offerendi.*

Der zweite, nahe verwandte Fall knüpft an die Voraussetzung, dass ein dritter die mehrfach verpfändete Sache vom Pfandschuldner kauft und sich ausbedingt, dass der Kaufpreis zur Abfindung von vorgehenden Gläubigern verwendet werde. Erfolgte dann wirklich die Abfindung der Vorhypothekare, dann sollte der Käufer gegenüber den Nachhypothekaren an die Stelle der abgefundenen Hypothekare treten *l. 17. D. qui pot. XX 4: Eum qui a debitore praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit; — l. 3. §. 1. D de distr. pign. XX. 5.: Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit eiusque pretium priori creditori solverit, emtori poterit offeri, quod ad alium creditorem de nummis eius pervenit et usurae medii temporis; nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget; — l. 3. C. de his qui in prior. VIII. 19.: Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes.*[6])

Da hier eine *satisfactio* vorliegt, ist keine *actio pignoraticia* möglich, es wird aber der Käufer durch *exceptio* bezw. *replicatio* der Priorität geschützt. Die Nachhypothekare haben aber das *ius offerendi* und können die Einrede etc. dadurch entkräften.

Der dritte Fall setzt voraus, dass der nicht persönlich haftende Eigentümer der Pfandsache die darauf haftenden Pfandforderungen befriedigt. Er kann dann von den abgefundenen Gläubigern

[6]) Dernburg S. 514 ff., Bachofen S. 522, 527, 582, Buchka S. 37 ff., Hartmann S. 51.

die Abtretung ihrer Rechte verlangen. *Scaevola libro V. responsorum l. 19. D. qui pot. XX. 4.: Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos item ex alio heredes instituit, creditor, quum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit. Quaero an si justus possessor offerat compellendus sit jus nominis cedere? Respondit posse videri non injustum postulare.*[7]) Dieser Fall beruht auf dem in dem *beneficium actionum cedendarum* zum Ausdrucke gebrachten Prinzipe, dass jemand, der zur Zahlung einer anerkanntermassen ganz oder teilweise in die Vermögenssphäre eines Anderen gehörenden Forderung angehalten wird, die Zahlung solange verweigern darf, bis der Gläubiger in die Uebertragung der Forderung willigt. Hier ist die *actio pignoraticia* dem Eigentümer zugebilligt, da eine *satisfactio* nicht erfolgt ist.

Es ist hier nicht der Platz, die verschiedenen über die juristische Konstruktion dieses Rechtes des Eigentümers gegenüber den Nachhypothekaren aufgestellten Theorien aufzuzählen und auf ihre Stichhaltigkeit hin zu prüfen.[8])

---

§ 2.

Die Entwicklung des Eigentümerpfandrechtes im 19. Jahrhundert.[1])

Dem deutschen Privatrechte ist das Institut des Eigentümerpfandrechtes bis in das 19. Jahrhundert meist fremd geblieben. Noch in dem preussischen allgemeinen Landrechte, das sonst mancherlei moderne Gedanken in das Recht eingeführt hat, sind nirgends Ansätze zu diesem Institute zu entdecken. Gerade in diesem Gesetzbuche ist der akzessorische Charakter des Pfandrechtes äusserst streng durchgeführt. S. z. B. I. Tit. 2. § 140: „Wenn ein dingliches Recht auf die Sache blos zur Verstärkung eines

[7]) Dernburg S. 364 ff., Bachofen S. 524.

[8]) S. die oben angegebenen Stellen bei Dernburg, Bachofen etc. und die dort angeführte Literatur.

§ 2.

[1]) S. Gierke § 166.

persönlichen Rechtes bestellt worden ist, so geht mit der Erlöschung des letzteren auch das erstere unter"; oder I. Tit. 20. § 55: „Das Pfandrecht erlischt, insonderheit alsdann, wenn der Anspruch, für den die Sicherheit bestellt worden ist, getilgt wird"; und ebenso rücksichtslos ist der Grundsatz der Unvereinbarkeit des Zusammenkommens von Recht und Verbindlichkeit in einer Person ausgesprochen, z. B. I. Tit. 16. § 476: „Wenn die Rechte des Gläubigers und Verbindlichkeiten des Schuldners in einer Person zusammentreffen, so werden beide durch die Vereinigung aufgehoben." Je mehr aber die Strömung der Zeit dahin ging, das Grundpfandrecht seines akzessorischen Charakters zu entkleiden und die dinglichen Rechte durch *confusio* mit dem Eigentume nicht erlöschen zu lassen, desto mehr konnte der Gedanke eines Pfandrechtes an der eigenen Sache Raum gewinnen. Und so ist es der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts vorbehalten gewesen, dieses Institut zur Ausbildung zu bringen.

Bahnbrechend ging hier Preussen vor mit dem berühmten § 52 des Anhangs zu dem Allgemeinen Landrechte und der Declaration vom 3. April 1824.[2]) Damit ist die Eigentümerhypothek in zwei Fällen anerkannt:

1. bei Vereinigung des dinglichen Rechtes mit dem Eigentume in einer Hand,
2. bei Erlöschen der Forderung infolge Befriedigung durch den Eigentümer.

Damit war der Bann gebrochen. Der Eigentümer konnte nach seinem Belieben über seine Eigentümerhypothek verfügen: er konnte sie löschen, sie auf seinen Namen umschreiben lassen oder sie an einen Dritten abtreten. Kurz der Eigentümer trat vollständig an die Stelle des alten Gläubigers.

Die Tendenz, die dabei verfolgt wurde, war die, dass die Hypothekengläubiger den ihnen bei der Eintragung in das Hypothekenbuch zugewiesenen Rang nur mit dem Willen des Eigentümers — wenn dieser seine Eigentümerhypothek zur Löschung brachte — verbessern sollten. Dieser Tendenz suchten andere Staaten, namentlich Mecklenburg durch Einführung des Systemes der „festen Posten" gerecht zu werden. Nach diesem Systeme ist der Rang einer Hypothek von Anfang an fest bestimmt. Ein

[2]) S. Näheres bei Dernburg, Bürg. R. S. 643/4.

Vorrücken durch Löschung einer Vor-Hypothek ändert daran nichts; die Stelle bleibt eben „offen". Dem Eigentümer bleibt es natürlich unbenommen, über diese offene Stelle zu gunsten eines Dritten zu verfügen. Im Gegensatz zu dem Prinzipe der Eigentümerhypothek liegt aber in einer solchen Verfügung über die offene Stelle nicht eine **Abtretung** einer Hypothek, sondern die **Begründung** einer neuen Hypothek, die mit der alten gelöschten Hypothek in keiner Weise im Zusammenhange steht. Es fallen also dem Eigentümer doppelte Kosten zur Last.

Mit dem § 52 des Anhangs zum A. L. R. und der Deklaration vom 3. April 1824 war also der Grund gelegt zu der Eigentümerhypothek. Ihre definitive Einführung in das Recht ist ein Verdienst der Mecklenburgischen Gesetzgebung.[3]) Der § 16 der Revidierten Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848 enthält in Ziffer 1—3 folgende Bestimmungen:

1. Durch die Eintragung einer Hypothek im Hypothekenbuche entstehen nicht blosse Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, sondern selbständige dingliche Belastungen des Grundstückes.
2. Der Antrag auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht notwendig bedingt, vielmehr bleibt dieserwegen Alles der Vereinbarung der Beteiligten überlassen.
3. Ein späterer Eigentümer des belasteten Grundstücks ist als solcher nicht verhaftet.

Damit ist anerkannt einmal, dass es nicht zum Wesen einer Hypothek gehört, eine Forderung zu sichern, ferner dass zur Entstehung der Hypothek das Vorhandensein einer persönlichen Forderung nicht gefordert wird, endlich dass die Hypothek nicht notwendig die Schicksale der Forderung teilen müsse. Mit einem Worte, die Hypothek hat ihren akzessorischen Charakter abgestreift und hat Selbständigkeit erlangt. Und so fügt denn als Konsequenz dieses Prinzipes der Selbständigkeit der Hypothek die Hypotheken-Ordnung in Z. 4 folgende Bestimmung bei:

4. Der zeitige Eigentümer kann für sich selbst und auf seinen eigenen Namen eintragen lassen, auch dürfen

[3]) Meibom und Buchka zu § 16 der Revidierten Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848.

eingetragene Forderungen auf ihn cediert und umgeschrieben werden.

Damit ist die Eigentümerhypothek gesetzlich anerkannt, und gleichzeitig sind zwei Arten von Eigentümerhypotheken geschaffen:

a) die Hypothek kann von vorneherein als Eigentümerhypothek auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden,

b) es kann eine bestehende Hypothek auf den Eigentümer abgetreten und als Eigentümerhypothek umgeschrieben werden. Das letztere wird besonders der Fall sein, wenn der Eigentümer den Gläubiger befriedigt; dann hat er sogar ein Recht auf Abtretung der hypothekarischen Forderung § 17.

c) Ein dritter Fall der Eigentümerhypothek liegt vor bei Vereinigung eingetragener Rechte und Verbindlichkeiten in einer Person, wie z. B. bei Erwerbung des Eigentumes seitens des Gläubigers oder bei Beerbung des letzteren durch den Eigentümer. Nach § 21 No. 1 c und § 22 No. 1 sollte dann die Hypothek nicht von selbst erlöschen, sondern der Eigentümer sollte nur berechtigt sein, sie tilgen zu lassen.

Damit ist auch noch der Grundsatz gesetzlich anerkannt, dass dingliche Rechte durch Vereinigung mit dem Eigentume nicht erlöschen.

Aber immerhin ist die Eigentümerhypothek nicht der gewöhnlichen Hypothek gleichgestellt, indem sofort hinter der Ziffer 4 des eben erwähnten § 16 die Bestimmung beigefügt ist: „Der Lauf der auf solche Pösten eingetragenen Zinsen beginnt jedoch erst mit dem Zeitpunkte, wenn entweder das Gut auf einen neuen Eigentümer übergegangen ist, oder ein solcher Posten an einen Dritten übertragen ist.“ Und noch schärfer spricht es die Revidierte Stadtbuchordnung vom 21. Dezember 1857 für c) in § 24 aus: „Ehe eine Tilgung erfolgt ist, werden eingetragene Rechte und Verbindlichkeiten durch die Vereinigung in einer Person nicht aufgehoben, so dass sie, wenn jene Vereinigung aufhört, aufs Neue Wirksamkeit äussern.“ Daraus geht hervor, dass die

Wirksamkeit des hypothekarischen Rechtes während der Vereinigung mit dem Eigentume ruht, und dass hypothekarische Rechte erst dann wieder in Wirksamkeit treten, sobald die Vereinigung mit dem Eigentume aufhört, sei es, dass das Grundstück auf einen neuen Eigentümer übergegangen, oder das hypothekarische Recht an einen Dritten abgetreten worden ist.

Dem Beispiele Mecklenburgs folgte Preussen 25 Jahre später mit dem Gesetze über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872. Mit diesem Gesetze nimmt Preussen die selbständige Hypothek des Mecklenburgischen Rechtes als „Grundschuld" in sein Pfandrechtssystem auf. Damit ist aber auch die Eigentümerhypothek des mecklenburgischen Rechtes mit ihren Eigentümlichkeiten in das preussische Recht übergegangen. Ausdrücklich wird dies bestimmt z. B. in § 27: „Der Eigentümer erlangt durch den Eintrag einer Grundschuld auf seinen Namen das Recht, über diese Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu übertragen", und § 28: „Der Eigentümer erlangt an der auf seinen Namen eingetragenen Grundschuld alle Rechte eines Grundschuldgläubigers, wenn er das Eigentum des Grundstückes abgetreten hat."

Andererseits glaubte aber Preussen mit den althergebrachten Prinzipien der Unselbständigkeit des Grundpfandrechtes doch nicht ganz brechen zu dürfen, und nahm neben der selbständigen Grundschuld die alte unselbständige Hypothek in sein System auf. Aber selbst bei dieser unselbständigen Hypothek gestattete es die Eigentümerhyphothek, indem es in §§ 64–66 folgende Bestimmungen erliess:

a) der Eigentümer, der eine Hypothek oder Grundschuld zahlt oder sonst tilgt, erlangt die Befugnis nach seiner Wahl Quittung oder Löschungsbewilligung oder Abtretung ohne Gewährleistung zu verlangen und die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen;

b) der Eigentümer, der die Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erwirbt, hat die in a) erwähnten Rechte;

c) der Gläubiger, der das Pfandgrundstück erwirbt, hat das Recht, die Hypothek oder Grundschuld auf seinem Namen stehen zu lassen, oder über sie zu verfügen.

Der I. Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches von 1888 folgte in allen Punkten dem preussischen Rechte s. die §§ 1094, 1097, 1142, 1094 ff.

Bevor wir in das eigentliche Thema, die Eigentümerhypothek des geltenden Rechtes eintreten, erübrigt es uns nur noch zu sehen, in welcher Weise unsere bayerische Gesetzgebung zu der Eigentümerhypothek Stellung genommen hat. Das bayerische Hypotheken-Gesetz vom 1. Juni 1822 hat streng an dem akzessorischen Charakter der Hypothek festgehalten, s. z. B. § 80, und ebenso energisch den Grundsatz aufrechterhalten, dass dingliche Rechte durch Vereinigung mit dem Eigentume verlöschen müssen s. § 161 Abs. 2.[4])

Es ist von verschiedener Seite[5]) der Versuch gemacht worden dem Hypothekengesetze eine Eigentümerhypothek zu unterschieben und es ist hiebei der § 58 Abs. 1 angezogen worden, indem es hier heisst . . . . „er tritt von selbst in alle Rechte des befriedigten Hypothekengläubigers ein.“ Da aber, wie oben nachgewiesen, das Hypothekenrecht durch Konsolidation untergehen muss, so ist die Stelle so auszulegen, dass der dritte Besitzer nur hinsichtlich der persönlichen Forderung in alle Rechte des befriedigten Hypothekengläubigers eintritt. —

Allein auch Bayern hat sich der modernen Strömung nach Einführung einer Eigentümerhypothek nicht ganz verschliessen können und hat derselben dadurch Rechnung zu tragen gesucht, dass es in seine Bestimmungen den § 84 aufgenommen hat. Nach diesem § steht dem Schuldner das Recht zu, nach erloschener, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem Andern, auch einem neuen Gläubiger, jedoch für keine grössere Summe, einzuräumen.[6]) Dieses Recht läuft zwar auf denselben Endzweck, wie die Eigentümerhypothek, hinaus, nämlich, das Nachrücken der Nachhypothekare zu verhindern, ist aber nicht, wie die Eigentümerhypothek, ein selbständiges Vermögensrecht, das einer Pfändung nach § 857 der Z. P. O. unterliegen würde, sondern hat die Natur eines formalen Verfügungsrechtes, stellt sich also lediglich als eine Erweiterung der

[4]) Regelsberger S. 464, Gönner I. S. 567, II. S. 299.

[5]) Z. B. Roth-Becher S. 399 N. 43.

[6]) Hypothekenerneuerung, gesetzlicher Rangvorbehalt, Regelsberger S. 270 ff, Gönner I. S. 575 ff.

im Eigentume enthaltenen Verfügungsmacht dar und geht als ein Ausfluss des Eigentumes mit der Veräusserung des Grundstückes auf den neuen Eigentümer über.[7]) Aber auch diese Befugnis des Eigentümers wird eingeschränkt, indem sie einerseits dem Eigentümer durch die Beschlagnahme entzogen wird gem. § 33 der Subhastationsordnung für Bayern vom 23. Februar 1879, andererseits Gläubiger, die für eine durch Hypothek oder Vormerkung gesicherte fällige Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel haben, gegen Hypotheken, die ihnen im Range vorgehen, das dem Besitzer zustehende Recht auf Löschung geltend machen können gemäss Art. 11 Abs. 2 der Novelle zur Subhastations-Ordnung vom 29. Mai 1886.

Nach Art. 189 des E.-G. z. B. G. B. gelten die oben erwähnten bayerischen Gesetze bis zur Anlegung des Grundbuches, also haben wir in Bayern das Institut der Eigentümerhypothek erst von diesem Zeitpunkte an.

Das Eigentümerpfandrecht des geltenden Rechts.

I. Abschnitt.

Allgemeines.

§ 3.

I. Der wirtschaftliche Gedanke des Eigentümerpfandrechtes ist klar. Ist ein Grundstück mit mehreren Hypotheken belastet, so richtet sich die Sicherheit, die das Grundstück dem einzelnen Gläubiger gewährt, nach dem Range, den dessen Hypothek einnimmt. Wer also auf eine zweite oder dritte Stelle Geld ausleiht, wird sich für die mindere Sicherheit andere Vorteile als Gefahrsprämie ausbedingen, namentlich einen höheren Zinssatz; nicht aber kann er darauf rechnen, dass die vorgehenden Hypotheken zu seinen Gunsten abgezahlt werden.[1]) Würde der nach-

[7]) S. Bayr. Ob. L. G. II. S. 187 ff.
§ 3.
[1]) Prot. III. S. 600.

stehende Gläubiger, wenn die vorgehende Hypothek aus irgend einem Grunde in Wegfall kommt, in die freigewordene bessere Rangstelle vorrücken, „so wäre dies für ihn ein bei der Begründung seiner Hypothek nicht in Rechnung gezogener Vorteil".[2]) Der Eigentümer andererseits würde ebenso ungerechtfertigt benachteiligt werden. Wollte er aufs neue Geld entleihen, so könnte er dem neuen Gläubiger eine Hypothek nur an allerletzter Stelle einräumen und müsste sich dem entsprechend harten Bedingungen unterwerfen, „nicht aber könnte er ein weiteres Kreditbedürfnis unter den der frei gewordenen besseren Stelle entsprechenden Bedingungen befriedigen".[3]) Die Billigkeit erfordert, dass dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben werde, die Sicherheit, die die vorgehende Hypothek dem Gläubiger bot, bei einem neuen Gläubiger zu verwerten. Dies wird aber dadurch erreicht, dass man die Hypothek auf den Eigentümer übergehen lässt.

Diesen Erwägungen würde aber prinzipiell der § 19 der Gr. B. O. im Wege stehen, wonach eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Es könnte also der Gläubiger durch einseitigen Antrag die Hypothek löschen lassen und dadurch ein Entstehen des Eigentümerpfandrechtes verhindern. Dem entsprechend ist in §§ 1183, 1192 des B. G. B., § 27 der Gr. B. O. bestimmt, dass Grundpfandrechte nur mit Zustimmung des Eigentümers gelöscht werden dürfen. Andrerseits kann es eine Reihe von Fällen geben.[4]) in denen das Interesse der Beteiligten dahin geht, dass der Eigentümer die Hypothek, falls er sie erwirbt, zur Löschung bringe, so dass die Nachhypotheken aufrücken. Solange jedoch lediglich eine persönliche Verpflichtung einem Dritten gegenüber, mag dies ein Nachhypothekar oder sonst jemand sein, besteht, so ist dieser Dritte in seinen Interessen wenig geschützt, da der Eigentümer jederzeit seine Absicht ändern und sein Eigentümerpfandrecht rechtsgültig abtreten kann. Es muss also den Beteiligten die Möglichkeit gewährt werden, den Verträgen, durch die sich der Eigentümer verpflichtet, die Hypothek zu löschen, wenn sie sich mit dem Eigentume in einer Hand vereinigt, eine dingliche Wirkung zu verschaffen. Ein Mittel gibt hier B. G. B. in der Form der

[2]) Denkschr. S. 146.
[3]) Denkschr. S. 146.
[4]) Prot. III. S. 606.

Vormerkung in Gemässheit der §§ 883 ff. Wenn nun das B. G. B. in § 1179 noch ausdrücklich die Zulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Löschung ausgesprochen hat, so liegt der Grund darin, dass die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des B. G. B. der Ansicht war.[5]) „dass es bedenklich sei, die Parteien lediglich auf § 883 ff. zu verweisen, da die Anwendung dieser Vorschriften nur auf grund einer mindestens sehr zweifelhaften theoretischen Auffassung der Eigentümerhypothek möglich sei". Welche theoretische Auffassung der Eigentümerhypothek gemeint ist, ist bestritten. Zu billigen ist die Ansicht von Planck zu § 1179, wonach die Eintragung einer Vormerkung deswegen zulässig ist, weil in jeder Hypothek eine Eigentümerhypothek liege, nicht deswegen, weil die Eigentümerhypothek ein „Recht" im Sinne von § 883 sei.[6])

II. Wir kommen nunmehr zu den einzelnen Arten der im B. G. B. zugelassenen Grundpfandrechte und unterscheiden hier zunächst mit Rücksicht auf die akzessorische Natur derselben die **Hypothek** und die **Grundschuld**. Beide Arten haben das gemeinsam, „dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist" §§ 1113, 1191 des B. G. B. Der Unterschied besteht darin, dass bei der Hypothek die Bezahlung „zur Befriedigung einer dem Gläubiger zustehenden Forderung" § 1113 des B. G. B. zu erfolgen hat, während die Grundschuld „eine Forderung nicht voraussetzt" § 1192 Abs. 1 des B. G. B. Die Grundschuld ist also die abstrakte selbständige Belastung eines Grundstückes, sie setzt weder zu ihrer Entstehung eine Forderung voraus, noch ist sie in ihren weiteren Schicksalen von einer solchen abhängig. Es ist zwar möglich, dass ihr eine Forderung zu grunde liegt, dies wird sogar in der Regel der Fall sein; allein die Forderung ist ohne jeden rechtlichen Einfluss auf die Grundschuld. Ist die zu grunde liegende Forderung nicht entstanden oder wieder erloschen, so besteht lediglich ein **persönlicher** Anspruch auf Rückübertragung des Rechtes nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung §§ 812 ff. des B. G. B. und in einem Falle des Erlöschens der persönlichen Forderung, wenn nämlich dieselbe

[5]) Prot. III. S. 607.

[6]) S. auch Prot. III. S. 603.

nach § 397 Abs. 1 des B. G. B. im Wege des Vertrages erlassen wird, ist auch der **persönliche** Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld nicht gegeben: die Hypothek dagegen ist, wenn sie nicht dem Eigentümer zusteht, dazu bestimmt, eine bestimmte Forderung zu sichern; ihre Zuständigkeit an einen **Gläubiger** ist also von dieser Forderung abhängig, die Hypothek insofern akzessorisch. Ist die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestimmt ist, nicht entstanden, oder wieder erloschen, so geht auch die Hypothek für den Gläubiger verloren; sie erlischt aber nicht, sondern steht dem Eigentümer zu § 1163 Abs. 1 S. 1 u. 2 des B. G. B.

Darin ist aber nicht[7]) eine Durchbrechung der akzessorischen Natur der Hypothek zu erblicken: die Hypothek ist akzessorisch, das bedeutet: die Hypothek ist streng abhängig von einer Forderung, zu deren Wesen erforderlich ist, dass sie einem zusteht, der nicht identisch ist mit dem Eigentümer § 241 S. 1 des B. G. B. Daraus folgt nun, dass die Hypothek eng verbunden mit diesem Dritten ist. Tritt er die Forderung ab, so verliert **er** die Hypothek, sie erwirbt der Zessionar. Ist die Forderung nicht entstanden oder wieder erloschen, so fehlt es überhaupt an der Person **eines solchen Dritten**; die Folge ist, dass auch eine **Hypothek** nicht vorhanden sein kann; aber sie erlischt nicht etwa, denn sonst würden die Nachhypothekare „einen bei der Begründung ihrer Hypothek nicht in Rechnung gezogenen Vorteil erlangen“: die Hypothek fällt dem Eigentümer zu; da aber eine Forderung nicht vorhanden ist, so kann sie nicht als **Hypothek** aufrecht erhalten werden, sondern muss sich in das Grundpfandrecht verwandeln, das eine Forderung nicht voraussetzt, also in eine Grundschuld § 1177 Abs. 1 des B. G. B. Der Grundsatz der akzessorischen Natur bedeutet also nicht, dass die Hypothek erlöschen muss, wenn die Forderung nicht entstanden oder erloschen ist, sondern nur, dass sie nicht mehr einem von der Person des Eigentümers verschiedenen **Dritten**, sondern dem **Eigentümer** zusteht, aber nicht als Hypothek, sondern als **Grundschuld.** Akzessorisch bedeutet also nicht: Ohne Forderung keine **Hypothek,** sondern ohne Forderung keine **Fremd**hypothek.[8])

[7]) S. z. B. Endemann II. S. 455.

[8]) S. auch Hirsch A. bürg. R. XXV. S. 229/30.

Innerhalb der Hypothek unterscheiden wir nun wiederum die **Verkehrshypothek** und die **Sicherungshypothek.** Die Verkehrshypothek ist begrifflich akzessorisch, aber tatsächlich selbstständig. Der öffentliche Glaube des Grundbuches erstreckt sich hier nicht nur auf die Hypothek als das dingliche Recht gemäss § 892 des B. G. B., sondern **hinsichtlich der Hypothek** auf die Forderung § 1138 des B. G. B.; wer also von dem eingetragenen Gläubiger die Hypothek erwirbt, erwirbt sie, wenn sie auch nicht dem Zedenten, sondern dem Eigentümer zustand, sei es, dass die Forderung nicht entstanden, oder dass sie wieder erloschen ist; aber der Zessionar erwirbt sie nicht als Hypothek, sondern als **Grundschuld**, da die Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld § 1170 Abs. 1 des B. G. B. zustand und nicht anders auf den Erwerber übergehen konnte. Stärker ausgeprägt ist der akzessorische Charakter bei der Sicherungshypothek. Hier erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuches nur auf das dingliche Recht, das Recht des Gläubigers bestimmt sich nur nach der Forderung. Dieser kann zich zum Beweise seiner Aktivlegitimation nicht auf die Eintragung beziehen, sondern muss die Existenz der Forderung beweisen, und die Legitimation seines Vormannes zur Cession dartun. §§ 1184, 1185 Abs. 2 des B. G. B. Die Hypothek muss im Grundbuche als Sicherungshypothek bezeichnet werden. Die Sicherungshypothek ist entweder **schlichte Sicherungshypothek,** die einen bestimmten Forderungsbetrag angibt, oder eine **Maximalhypothek, (Ultimat-, Höchstbetragshypothek).** Bei der letzteren ist nur ein Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten § 1190 des B. G. B.

Die Grundschuld wird eingeteilt in die **eigentliche Grundschuld** und in die **Rentenschuld.** Bei der letzteren kann der Gläubiger nicht Zahlung eines Kapitals mit oder ohne Zinsen aus dem Grundstücke verlangen, sondern hat grundsätzlich nur auf die einzelnen Raten Anspruch. Jedoch muss bei der Bestellung der Betrag angegeben werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst wird. Ein Ablösungsrecht hat in der Regel nur der Eigentümer, der Gläubiger nur dann, wenn entweder infolge der Verschlechterung des Grundstückes die Sicherheit der Rentenschuld gefährdet wird, oder der Eigentümer von seinem Ablösungsrechte

durch Kündigung Gebrauch gemacht hat. §§ 1199, 1201, 1202 des B. G. B.

Die Grundpfandrechte zerfallen andererseits in **Briefpfandrechte** und **Buchpfandrechte**. Nach dem B. G. B. ist jedes Grundpfandrecht Briefpfandrecht §§ 1116 Abs. 1, 1192 Abs. 1 des B. G. B., sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefes durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch oder kraft Gesetzes (z. B. bei der Sicherungshypothek § 1185 des B. G. B.) ausgeschlossen ist. Der Unterschied besteht darin, dass die rechtsgeschäftliche Verfügung über die Buchhypothek dem Eintragungsprinzipe unterliegt § 873 des B. G. B., die über die Briefhypothek nicht, z. B. § 1154 des B. G. B. Durch den Brief ist das Grundpfandrecht viel verkehrsfähiger gemacht, und das umsomehr, als sogar Grundpfandrechte auf den Inhaber ausgestellt werden können. § 1195 des B. G. B.

III. Sehen wir nun, wie sich das B. G. B. zur Einführung der Eigentümerhypothek bei den einzelnen Arten der Grundpfandrechte gestellt hat, so finden wir, dass das B. G. B. dem mecklenburgischen und preussischen Beispiele folgend die Eigentümerhypothek bei der Verkehrshypothek und der Grundschuld, gleichgültig ob Brief- oder Buchpfandrecht, aufgenommen hat. Andererseits ist das B. G. B. weit darüber hinausgegangen, indem es die Eigentümerhypothek auch bei der Sicherungshypothek und zwar sowohl bei der schlichten Sicherungshypothek, als auch bei der Höchstbetragshypothek, zugelassen hat. Bei der Beratung der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des B. G B.[9]) entstand heftiger Streit über die Zulassung der Eigentümerhypothek bei der Sicherungshypothek. Gegen die Zulassung wurde geltend gemacht: Durch die Zulassung würde der Zweck der Beibehaltung der Sicherungshypothek vereitelt, man habe sich für die Beibehaltung entschieden, um denjenigen Teilen des Reiches, in denen die reine akzessorische Hypothek bekannt sei, eine mit dem bisherigen Rechte möglichst übereinstimmende Rechtsform zu bieten und dadurch zu ermöglichen, dass auf bestehende Hypotheken die Vorschriften über die Sicherungshypothek für anwendbar erklärt würden, das würde aber durch die Zulassung der Eigentümerhypothek verhindert. Die Mehrheit war der Ansicht, dass bei der

[9]) Prot. III S. 685 ff.

Entscheidung der vorliegenden Frage in erster Linie nicht die zu der Zeit des in Krafttretens des B. G. B. bestehenden, sondern die nach diesem Zeitpunkte neu begründeten Hypotheken zu berücksichtigen seien. Wollte der Eigentümer eine Sicherungshypothek des alten Rechtes beibehalten, so sei er ja in der Lage, das zu tun, indem er zur Sicherung des Anspruches auf Löschung der Hypothek für den Fall der Eigentümerhypothek eine Vormerkung eintragen lassen könne.

Eine einzige Ausnahme hinsichtlich der Entstehung der Eigentümerhypothek ist in das B. G. B. aufgenommen. Gemäss § 1178 erlischt die Hypothek für Rückstände von Zinsen, und für andere Nebenleistungen, sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, wenn sich die Hypothek mit dem Eigentume in einer Person vereinigt.[10])

Wie nun das B. G. B. einerseits die Eigentümerhypothek auf alle Arten der Grundpfandrechte ausgedehnt hat, so hat es andererseits gegenüber dem früheren Rechte den Kreis der Fälle der Eigentümerhypothek wesentlich erweitert.

1. Nach den **Entstehungsgründen** können wir folgende Einteilung treffen:

A. Eigentümerpfandrechte, die **von vorneherein dem Eigentümer zustehen,**

a) die Grundschuld kann für den Eigentümer bestellt werden. § 1196 des B G. B.;

b) Ist die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B.;

c) das Briefpfandrecht steht bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu. §§ 1163 Abs. 2, 1192 Abs. 1 des B. G. B.

[10]) Keine Anwendung findet der § 1178 auf eine besondere Hypothek, die für die dort bezeichneten Nebenleistungen bestellt ist. Mot. III. S. 376; hieher gehören die „Zinsen- und Kostenkautionen" des bayr. Hypothekenrechtes; sie sind seit dem Zeitpunkte, in dem das Grundbuch als angelegt erklärt wird, Höchstbetragshypotheken nach § 1190 des B. G. B. und können sich in Eigentümerhypotheken verwandeln. Bayr. Ob. L. G. Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 350/1, bestätigt durch R. G. ebd. S. 490/2; dagegen Kress ebd. S. 477—486 und S. 497—505.

B. Eigentümerpfandrechte, die **erst durch das Mittel eines Gläubigers auf den Eigentümer übergehen.**

a) Ist die Forderung erloschen, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek. § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B.

b) Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung und damit die Hypothek auf ihn über. §§ 1143 Abs. 1, 1153 des B. G. B.;

c) Verzichtet der Gläubiger auf das Grundpfandrecht, so erwirbt es der Eigentümer. §§ 1168, 1192 des B. G. B.

d) Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des Grundpfandrechtes dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, dass der Gläubiger auf das Grundpfandrecht verzichtet. §§ 1169, 1192 des B. G. B.

e) Die beiden Fälle des Eigentümerpfandrechtes durch Ausschlussurteil. §§ 1170, 1171, 1192 des B. G. B.

f) 1. Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume in einer Person, so dass dem Eigentümer die Forderung zusteht. §§ 1177 Abs. 2, 889 des B. G. B.
2. Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentume in einer Person. § 889 des B. G. B.

g) Das Eigentümerpfandrecht bei der Schuldübernahme § 418 Abs. 1 S. 1 des B. G. B. Dieses soll im Zusammenhange mit B c besprochen werden.

Diese Einteilung ist dem Aufsatze zu grunde gelegt, am Schlusse soll noch der Eigentümerpfandrechte der Z. P. O. kurz Erwähnung getan werden.

2. Eine zweite Einteilung ist **nach dem Inhalte des Eigentümerpfandrechtes** aufzustellen. Hier unterscheiden wir:

α) **Eigentümergrundschulden** oder die Eigentümerpfandrechte, die aus der Grundschuld hervorgehen, bezw. sofort auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden. A a, c, B c, d, e, f 2.

β) **Eigentümerhypotheken**[11]) oder die Eigentümerpfandrechte, die zum Ausgangspunkte eine Hypothek haben, ohne dass dem Eigentümer die Forderung zusteht. § 1177 Abs. 1 des B. G. B. A b, c, B a, c, d, e.

Wenn in den folgenden Erörterungen von „Eigentümerhypotheken" gesprochen wird, so ist immer die Eigentümerhypothek des § 1177 Abs. 1 gemeint.

γ) **Hypotheken des Eigentümers**[12]) oder die Eigentümerpfandrechte, die ebenfalls die Hypothek zum Ausgangspunkte haben, wobei aber dem Eigentümer die Forderung zusteht. § 1177 Abs. 2 des B. G. B. B b, f 1 auch e.

Diese Einteilung soll bei dem Abschnitte „der Inhalt des Eigentümerpfandrechtes" näher behandelt werden.

Wir sehen also, dass das Eigentümerpfandrecht nicht mehr wie früher nur ganz ausnahmsweise auftritt, sondern dass jedes Grundpfandrecht Eigentümerpfandrecht werden kann und schon oft gewesen sein kann, dass also das Eigentümerpfandrecht eine ausserordentliche Ausbildung erfahren hat und in der Folgezeit eine ganz hervorragende Rolle in der Praxis spielen wird. Mit Rücksicht darauf, dass diese Abhandlung lediglich für die Praxis bestimmt ist, soll davon abgesehen werden, an dieser Stelle eine Theorie über die äusserst bestrittene Natur des Eigentümerpfandrechtes aufzustellen.[13])

IV. Endlich noch ein paar Worte über die **allgemeinen Voraussetzungen des Eigentümerpfandrechtes.** In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass die Nichteintragung eines Gläubigers oder des Geldbetrages (bei der Maximalhypothek des Höchstbetrages[14]) bei der Rentenschuld der Ablösungssumme) die Nichtigkeit der Belastung bewirkt; die Eintragung ist als ihrem Inhalte nach unzulässig von Amts wegen zu löschen, und es kann also

[11]) Nach Dernburg Bürg. R. S. 647 und Kuhlenbeck S. 812 forderungsentkleidete Eigentümerhypotheken; nach Endemann S. 458 u. Oberneck Gruch. Beitr. XLVII. S. 325 forderungslose Hypotheken; nach v. Schwind Hypotheken im engeren Sinne.

[12]) Nach Dernburg und Kuhlenbeck forderungsbekleidete Eigentümerhypotheken; nach v. Schwind Hypotheken im weiteren Sinne.

[13]) S. hierüber Lange a. E.

[14]) Oberneck Gruch. Beitr. a. a. O. S. 327.

ein Eigentümerpfandrecht bei nicht **rechtsgültiger Eintragung** nicht entstehen.[15]) Darüber jedoch, ob zum Entstehen eines Eigentümerpfandrechtes eine **rechtsgültige Einigung** vorhanden sein muss, herrscht in der Literatur lebhafter Streit. In der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des B. G. B.[16]) wurde der Antrag gestellt, in das B. G. B. eine Bestimmung aufzunehmen, wonach der Eigentümer an Stelle einer unwirksamen Hypothek zum Betrage derselben eine andere Hypothek eintragen lassen könne, es müsste denn sein, dass sich die Unwirksamkeit der Hypothek aus dem Grundbuche selbst ergibt. Dem gegenüber wurde der Unterantrag gestellt, die Bestimmung so zu fassen: Ist eine unwirksame Hypothek eingetragen, so ist, wenn nach der Eintragung Rechte an dem Grundstücke eingetragen werden, anzunehmen, dass diese Rechte mit dem in § 834 c des Entwurfes des B. G. B. = § 881 bestimmten Vorbehalte für die Eintragung einer Hypothek vom Betrage der unwirksamen Hypothek begründet worden sind. Die Kommission war der Ansicht, dass die im Antrage vorgeschlagene Bestimmung auf einer „Ueberspannung des Prinzipes der Eigentümerhypothek" beruhe, und kein praktisches Bedürfnis vorliege, das Recht des Eigentümers in dem dort vorgeschlagenen Masse zu erweitern; andererseits erachtete die Kommission zwar die im Unterantrage vorgeschlagene Bestimmung für zulässig, war jedoch der Meinung, dass kein Bedürfnis vorliege, eine solche Vorschrift in das B. G. B. aufzunehmen, da der Eigentümer bei Bestellung des späteren Rechtes den Vorbehalt erklären könne. Antrag und Unterantrag wurden abgelehnt. Eine Bestimmung, wonach eine Eigentümer-Hypothek bei unwirksamem Bestellungsakte **nicht** entstehen könne, wurde jedoch auch nicht in das B. G. B. aufgenommen.

Wir müssen also prüfen, ob sich nicht vielleicht aus Stellen des Gesetzbuches die Annahme eines Eigentümerpfandrechtes auch bei unwirksamem Bestellungsakte rechtfertigen lässt. Aus den Bestimmungen des B. G. B. (§§ 1163, 1177, 1196 u. s. w. die „Hypothek" steht dem Eigentümer zu . . . . die „Hypothek" verwandelt sich in eine „Grundschuld", die „Grundschuld" kann für den Eigentümer bestellt werden u. s. w.) ergibt sich, dass das

[15]) S. z. B. Bruck S. 169, Planck S. 457 Anm. 1.

[16]) Prot. III. S. 603/4.

B. G. B. das Eigentümerpfandrecht als eine Belastung des Grundstückes, die dem Grundpfandrechte gleichkommt, also als ein **Recht** an einem Grundstücke auffasst. Zu einer giltigen Bestellung eines Rechtes an einem Grundstücke gehört aber nach § 873 des B. G. B. ausser einer rechtsgiltigen Eintragung (s. o.) die Einigung. Diese Regel erleidet eine Ausnahme durch § 1196 des B. G. B., wonach zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer dessen einseitiger Antrag erforderlich ist. „Einigung" ist aber nach dem B. G. B. ein Vertrag, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, zu dessen rechtsgiltigem Zustandekommen zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorhanden sein müssen. Eine Einigung liegt also nicht vor:

1) Wenn sowohl von seiten des Gläubigers, als auch des Eigentümers eine entsprechende Willenserklärung nicht abgegeben worden ist, wenn z. B. der Grundbuchbeamte versehentlich die Eintragung bewerkstelligt oder sich verschrieben hat. Hier wird doch niemand behaupten wollen, dass daraus ein Eigentümerpfandrecht entstanden ist.

2) Eine Einigung liegt auch dann nicht vor, wenn zwar von Seiten des Eigentümers eine giltige Willenserklärung abgegeben worden ist, auf Seiten des Gläubigers eine solche jedoch fehlt, sei es, dass er überhaupt keine abgegeben hat, oder dass seine Erklärung aus irgend einem Grunde nichtig ist, z. B. weil sie nur zum Scheine abgegeben ist (Scheingeschäft § 117 des B. G. B.). Nach § 19 der Gr. B. O. genügt es zwar, das Grundbuchamt zur Eintragung zu ermächtigen und zu verpflichten, wenn die Eintragungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, vorliegt; allein diese Vorschrift bedeutet zunächst eine Verkehrssicherung gegen irrige Ueberzeugung des Grundbuchbeamten von der Ernstlichkeit u. dergl. und sodann eine Entlastung des Grundbuchbeamten, der infolgedessen nicht nach der Einigung zu fragen hat, sondern nur die Giltigkeit der Eintragungsbewilligung, auch hinsichtlich ihrer Ernstlichkeit zu prüfen hat. Es wird nun behauptet[17]): auf Grund der Erwägung, dass der Eigentümer die Hypothek als Grundschuld erwerbe, müsse es genügen, wenn die Voraussetzungen einer Eigentümergrundschuld

[17]) Bruck S. 167, Schilde S. 31/3, Fuchs S. 520/2. S. insbesondere jetzt Oberneck S. 663 ff.

vorliegen, nämlich die Eintragung und die auf die Entstehung einer Eigentümergrundschuld gerichtete einseitige Erklärung des Eigentümers: das letztere liege aber in jeder Erklärung, für einen anderen eine Hypothek zu bestellen, denn in jeder Hypothekbestellung liege zugleich die Bestellung einer eventuell zur Geltung kommenden Eigentümergrundschuld: es genüge also zur Entstehung der Eigentümergrundschuld neben der Eintragung eine an sich gültige Verfügung des Eigentümers. Die Vertreter dieser Meinung ziehen hiebei § 140 des B. G. B. an: Wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes entspricht, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde." Dem ist gegenüberzuhalten: Auszuscheiden ist zunächst der Fall der „Hypothek des Eigentümers", denn hier erwirbt der Eigentümer die Hypothek gar nicht als Grundschuld, sondern die Hypothek bleibt bestehen, nur bestimmen sich die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek, solange die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume in einer Person besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften § 1177 Abs. 2 des B. G. B. Aber auch die Eigentümerhypothek, die sich infolge Fehlens der Forderung in eine Grundschuld verwandelt, ist ihrem Inhalte und ihren rechtlichen Wirkungen nach doch nicht völlig gleich der Grundschuld, die von vorneherein als Eigentümergrundschuld in das Grundbuch eingetragen wird § 1177 Abs. 1 des B. G. B. Zugegeben wird, dass die gegnerische Behauptung in dieser Hinsicht zutrifft in den Fällen, in denen das Eigentümerpfandrecht aus einer Grundschuld hervorgeht § 1192 Abs. 1 des B. G. B. Allein die Erklärung des Eigentümers, die in unserem Falle bei dem Grundbuchamte abgegeben wird, gleichgültig, ob es sich um die Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld handelt, ist grundverschieden von der Erklärung, die im Falle des § 1196 des B.G.B. abgegeben wird. In dem ersten Falle ist die Erklärung nach dem materiellen Rechte lediglich ein Antrag, gerichtet auf Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld auf grund einer vermeintlich vorhandenen Einigung; der Antrag ist aber keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern bildet nur eine Verfahrenshandlung, durch die das Grundbuchamt zur Tätigkeit genötigt wird; das Gericht handelt hier als **dritte** Person. In dem Falle des § 1196 des B. G. B. ist die Erklärung nach dem materiellen Rechte nicht

Antrag, sondern eine einseitige, **empfangsbedürftige** Willenserklärung, die den Vorschriften der §§ 130 ff. des B. G. B. unterworfen ist; das Gericht ist hier nicht dritte Person, sondern **Erklärungsgegner,** ist Adressat, gerade wie bei der Anfechtung der Anfechtungsgegner § 143 des B. G. B. Die Willenserklärung ist „gegenüber" dem Grundbuchamte abzugeben, nicht „vor" dem Grundbuchamte, vgl. hiezu §§ 928, 1945 des B. G. B. Dass in der Erklärung allerdings nebenbei auch ein Antrag enthalten sein kann und sein wird, ist belanglos. Die beiden Willenserklärungen sind also ihrem rechtlichen Inhalte nach gänzlich verschieden von einander, eine Anwendung des § 140 des B. G. B. ist ausgeschlossen.[18]) Der Eigentümer kann zwar sofort für sich ein Pfandrecht begründen, aber nur offenkundig, indem er es sofort als Eigentümergrundschuld eintragen lässt, nicht aber verschleiert, indem er einen fingierten Gläubiger eintragen lässt. Letzteres würde nur ein bequemes Mittel für faule Schuldner sein, ihre Gläubiger an der Pfändung des Eigentümerpfandrechtes, das als solches nicht kenntlich ist, zu hindern; der *frustra excussus* behielte das Eigentümerpfandrecht zu beliebiger Verwendung, da seine Gläubiger nicht wissen können, dass es ihm zusteht.

3) Eine Einigung liegt endlich auch dann nicht vor, wenn der Mangel auf Seiten des Eigentümers liegt.

a) Hat der Eigentümer überhaupt keine Erklärung abgegeben, so kann er jederzeit diese nachholen und dadurch die Hypothek bezw. Grundschuld zum Entstehen bringen. Denn der § 873 des B. G. B. besagt uns, dass Einigung und Eintragung völlig gleichwertige Erfordernisse zur Entstehung eines Rechtes an einem Grundstücke sind; es ist also gleichgültig, ob die Einigung der Eintragung vorangeht, oder umgekehrt. Folgt die Einigung der Eintragung nach, so kommt die Hypothek nicht schon mit der Eintragung, sondern erst mit dem Momente der Einigung zu stande, die Hypothek erhält demnach ihren Rang von der nachgeholten Einigungserklärung des Eigentümers ab.

b) Ist die abgegebene Erklärung nichtig, z. B. weil ein Geschäftsunfähiger sie abgegeben hat, so kann sie jeder-

[18]) K. G. Entsch. F. G. IV. S. 118 ff., Planck zu § 1163, Neumann zu § 1196.

zeit, z. B. von dem inzwischen geschäftsfähig Gewordenen, bestätigt werden. Diese Bestätigung hat aber gemäss § 141 Abs. 1 des B. G. B. die Wirkung der Neuvornahme; die Hypothek erhält also, ähnlich wie im Fall a ihren Rang erst von der Bestätigung, nicht von der Eintragung ab.

c) Ist die abgegebene Erklärung anfechtbar, z. B. wegen Irrtums oder Täuschung, so kann auch sie von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt werden; allein diese Bestätigung wirkt nicht, wie in dem Falle b, als eine Neuvornahme, sondern ist lediglich Verzicht auf das Anfechtungsrecht; das von vornherein gültige Rechtsgeschäft bleibt gültig; die anfechtbare Hypothek behält also mit dem Verzichte auf Anfechtung ihren alten Rang.

In allen drei Fällen gibt es also nur zwei Möglichkeiten:

a) Entweder man ist mit dem grundbuchmässigen Zustande zufrieden — man holt die Einigung nach, bestätigt die nichtige Willenserklärung, lässt die Zeit zur Anfechtung verstreichen — dann ist die Hypothek oder Grundschuld zu Recht eingetragen; allein der Rang der Hypotheken ist in den Fällen a und b anders wie in dem Falle c. Wird also zwischen Eintragung der Hypothek und Nachholung der fehlenden Einigungserklärung, bezw. Bestätigung der nichtigen Willenserklärung des Eigentümers eine Hypothek eingetragen, so ist deren Rang in den Fällen a und b nicht richtig eingetragen; der Gläubiger kann Grundbuchberichtigung gemäss § 894 des B. G. B. verlangen; oder aber

b) man gibt sich mit dem grundbuchmässigen Zustande nicht zufrieden — man holt die Einigung nicht nach, bestätigt die nichtige Willenserklärung nicht, ficht an — dann liegt eine Einigung nicht vor, eine Hypothek oder Grundschuld ist von Anfang an nicht entstanden; der Inhalt des Grundbuches stimmt mit der wirklichen Rechtslage nicht überein; die Rechte der Nachhypothekare sind nicht richtig eingetragen; diese können gemäss § 894 des B. G. B. Berichtigung des Grundbuches durch Löschung

der Hypothek, bezw. Grundschuld verlangen. Ein Eigentümerpfandrecht ist aber in keinem Falle entstanden.

Wenn Bruck S. 168 sagt: „Liegt der Mangel der Einigung auf Seiten des Grundstückseigentümers, so erfüllt dieser durch nachträgliche Abgabe der Erklärung, die Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen, die Existenzbedingungen für die Eigentümergrundschuld", so ist zwar daran nichts auszusetzen, aber freilich werden diese Voraussetzungen erst mit der nachträglichen Erklärung erfüllt, und deshalb rangiert die Eigentümergrundschuld erst von der nachträglichen Erklärung ab, und in der Zwischenzeit eingetragene Hypotheken gehen dementsprechend im Range vor.

Kindel S. 102 ff. sucht die Eigentümerhypothek für den Fall, dass auch die Forderung ungültig ist, folgendermassen zu verteidigen: „Es liegt die Voraussetzung des § 1163 schon dem Wortlaute nach vor. Die Forderung für die die Hypothek bestellt ist, ist nicht zur Entstehung gelangt. Mehr fordert das Gesetz nicht." Das ist aber ein Irrtum. Das Gesetz fordert eben mehr, als dass die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist. Der von Kindel angezogene § 1163 sagt: . . . so steht die „Hypothek" dem Eigentümer zu; zu einer Hypothek als einem Rechte an einem Grundstücke gehört aber nach § 873 des B. G. B. Eintragung und Einigung: es besteht also kein Zweifel, dass das Gesetz im Sinne des § 1163 eine zu Recht bestehende Hypothek verlangt. Würde der Wortlaut des § 1163 sagen: „Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so ist eine Eigentümerhypothek entstanden", so könnte man eher der Meinung Kindels beipflichten, so aber verurteilt gerade der Wortlaut des § 1163 die Ansicht Kindels.

Die anderen Gegner der hier vertretenen Ansicht[19]) machen gar nicht den Versuch, die Eigentümerhypothek aus Gesetzesstellen zu verteidigen, sie verlangen nur ihre Anwendung aus Zweckmässigkeitsgründen. So sagt z. B. Dernburg: „Da eine ausdrückliche Regelung des Falles im B. G. B. fehlt, so könnte sich wohl die Praxis entschliessen, in diesem Falle ein Einrücken des Eigentümers nach Analogie anzunehmen." Diese Analogie

[19]) Goldschmidt A. Bürg. R. XX. S. 29 ff., Dernburg Bürg. R. S. 649 und Oberneck Gruch. Beitr. a. a. O. S. 327.

wäre unzutreffend, denn Vorhandensein der Forderung ist nicht gesetzliche Voraussetzung der Existenz eines Grundpfandrechtes, wohl aber Vorhandensein der Einigung, ausser bei der Eigentümergrundschuld des § 1196 des B. G. B. Die Praxis hat sich denn auch dazu bisher nicht entschliessen können, sondern ist nach wie vor auf dem Standpunkte stehen geblieben, dass zu einem Eigentümerpfandrechte eine rechtsgiltige Einigung vorhanden sein müsse.[20])

Eine positive Ausnahme ist kraft Gesetzes zugelassen in den Fällen der §§ 868, 932 der Z. P. O. Davon später.

Eine Möglichkeit besteht, dass trotz unwirksamer Einigung ein rechtsgültiges Eigentümerpfandrecht entstehen kann, nämlich in dem Falle, dass ein **gutgläubiger Dritter die unwirksame Hypothek** in Gemässheit des § 892 **erwirbt**; befriedigt nun der Eigentümer den neuen Gläubiger, oder tritt ein anderer Entstehungsgrund des Eigentümerpfandrechtes ein, so wird das Pfandrecht zum Eigentümerpfandrechte. Aber hier liegt der Fall anders: durch den guten Glauben des neuen Erwerbers und durch die *publica fides* des Grundbuches wird der Mangel des Bestellungsaktes geheilt; das Grundpfandrecht ist zu einer rechtsgültigen Belastung des Grundstückes geworden, weil jetzt eine Einigung vorliegt, und folglich kann auch ein Eigentümerpfandrecht entstehen.

Es ist freilich zuzugeben, dass vielleicht die hier verfochtene Meinung für den Grundeigentümer, wenn nach dem unwirksamen Grundpfandrechte weitere Belastungen des Grundstückes eingetragen werden, eine Härte bedeutet, indem nun die Nachhypothekare

[20]) Uebereinstimmend Hachenburg S. 251, Fischer-Henle, Staudinger und Biermann zu § 1163, Eccius Gruch. Beitr. XLV. S. 456, Böhm S. 238, Turnau-Förster S. 744, Mittelstein S. 102, Maenner S. 304, Endemann II. S. 461, Neumann S. 763, Gierke S. 926, Rosental S. 336, Lange S. 57, Müller-Meikel S. 898, Achilles-Strecker S. 83a, K. G. Entsch. F. G. IV. S. 118 ff., Entsch. R. G. LII. S. 115, LIV. S. 84, O. L. G. Königsberg Rspr. V. S. 9. Crome S. 738 Note 5 und S. 740 c lässt ein Eigentümerpfandrecht nicht entstehen, lässt aber auch die Nachhypothekare nicht aufrücken. Er sagt: „Ein Aufrücken findet nicht statt infolge der übereinstimmenden Annahme der Parteien bei späteren Pfandbewilligungen, dass die vom nichtigen Pfandrechte eingenommene Stelle besetzt sei. Die Besetzung wirkt gegen sie, wie ein Rangvorbehalt des Eigentümers für die entsprechende Summe."

ohne rechtlichen Grund eine bessere Lage erhalten würden, als sie nach dem Grundbucheintrage erwarten konnten.

V. Wie nun aus einem unwirksamen Grundpfandrechte ein Eigentümerpfandrecht nicht entstehen kann, so darf auch ein **vorgemerktes Grundpfandrecht** nicht als fähig erachtet werden, zum Eigentümerpfandrechte zu werden. Bei den Beratungen über die Vormerkung wurde in der Kommission der Antrag gestellt, die Vormerkung zu einem selbständigen Rechtsinstitute auszugestalten und derselben den Charakter einer selbständigen dinglichen Belastung des Grundstückes zu verleihen, ähnlich einer Arresthypothek.[21]) Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. Daran anschliessend hat sich in der Literatur ein grosser Streit darüber erhoben, ob die Vormerkung eine selbständige dingliche Belastung des Grundstückes bedeute, oder ob sie lediglich den Charakter eines formellen Sicherungsmittels dinglicher Natur habe. Es soll hier dahingestellt bleiben, welche der beiden Ansichten das Recht mehr auf ihrer Seite habe. Aber zugegeben, die Vormerkung wäre ein dingliches Recht, wie z. B. das dingliche Vorkaufsrecht, so ist sie doch nicht, wie die Arresthypothek, ein Verwertungsrecht, sondern nur ein Recht auf Erwerb eines solchen; sie gibt dem Berechtigten nicht das Recht, das Grundstück zur Zwangsversteigerung zu bringen, richtet sich also nicht gegen das Verbietungsrecht des Eigentümers, sondern sie gibt nur das Recht, den Eigentümer an der Verfügung über den betreffenden Wertsteil zu hindern, sie richtet sich also gegen den positiven Inhalt des Eigentumes, etwa wie die *servitus altius non tollendi.* Ein Eigentümerpfandrecht kann aber daraus nicht werden, weil nicht ein Verbietungsrecht zu einem Verfügungs- oder Verwertungsrechte werden kann. Aber auch der Wortlaut der §§ 868, 887 des B. G. B. spricht deutlich dafür, dass nach dem Sinne des B. G. B. eine vorgemerkte Hypothek, bezw. Grundschuld nicht einer Hypothek oder Grundschuld gleich zu achten sei. Die Wirkungen der Einrede und des Ausschlussurteiles sind in beiden Fällen grundverschieden von einander. Während bei der Hypothek und Grundschuld der Eigentümer verlangen kann, dass der Gläubiger auf das dingliche Recht verzichtet, und der Eigentümer dann das Grundpfandrecht erwirbt, kann der Eigentümer

[21]) Prot. III S. 740 ff.

nach § 886 des B. G. B. nur „Beseitigung“ der Vormerkung von dem Gläubiger verlangen, und mit der Beseitigung der Vormerkung rücken *ipso iure* die Nachhypothekare vor. Aehnlich ist es mit dem Ausschlussurteile: nach § 1170, 1171 des B. G. B. erwirbt der Eigentümer mit der Erlassung des Ausschlussurteiles das Grundpfandrecht, nach § 887 des B. G. B. „erlischt“ die Wirkung der Vormerkung: es ist geradeso, wie wenn bei dem Grundpfandrechte der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt wird; wie hier das Grundpfandrecht „erlischt“, § 1181 des B. G. B., „erlischt“ dort die Vormerkung: die Rechte der Nachhypothekare sind nicht mehr richtig eingetragen: sie können Berichtigung des Grundbuches durch Löschung der Vormerkung verlangen §§ 894 des B. G. B. Ein grosser Unterschied endlich zwischen vorgemerktem Grundpfandrechte und Grundpfandrechte besteht noch darin, dass nach §§ 1183, 1192 des B. G. B., § 27 der Gr. B. O. zur Aufhebung der Hypothek oder Grundschuld die Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist, während das vorgemerkte Grundpfandrecht durch den einseitigen Löschungsantrag des Gläubigers gemäss §§ 13, 19 der Gr. B. O. aufgehoben werden kann. Es ist also gerade die Bestimmung, die es einzig und allein dem Eigentümer ermöglicht, das Eigentümerpfandrecht zu erwerben — die Zustimmung des Eigentümers zur Löschung des Grundpfandrechtes — bei der Vormerkung nicht vorhanden; es würde sich daher ein Eigentümerpfandrecht bei einer Vormerkung auch praktisch nicht immer durchführen lassen, da der Gläubiger jederzeit in der Lage wäre, die Entstehung eines Eigentümerpfandrechtes durch seinen einseitigen Löschungsantrag zu verhindern.[22])

[22]) Uebereinstimmend Biermann zu § 1163 und § 883, Fuchs S. 137 ff., Turnau-Förster S. 164, Oberneck Gruch. Beitr. a. a. O. S. 324, Planck zu § 886, Neumann zu § 1163, jetzt auch Dernburg Bürg. R. S. 654 gegen 2. Aufl. S. 616, K. G. Entsch. F. G. III. S. 158 gegen Othmer A. Bürg. R. XXIII. S. 169 ff., Kindel S. 107 ff., Bruck S. 107 ff., Böhm S. 44 und jetzt auch Oberneck S. 660/1.

II. Abschnitt.

Entstehung des Eigentümerpfandrechtes.

A. Entstehung des Eigentümerpfandrechtes in der Hand des Eigentümers.

§ 4.

Das Eigentümerpfandrecht bei Eintragung auf den Namen des Eigentümers.

I. Der praktische Nutzen, welchen die Zulassung der Begründung einer Grundschuld für den Eigentümer diesem gewährt, liegt in der rationellen Verwertung des Realkredites, welche durch sie ermöglicht wird. Bedarf z. B. jemand, dem ein von Hypotheken und Grundschulden nicht belastetes Gut im Werte von 100 000 Mk. gehört, eine Summe von 20 000 Mk., so kann er dieses Kapital für denjenigen, der ihm dasselbe gibt, nur an erster Stelle der betreffenden Abteilung des Grundbuchblattes eintragen lassen. Dies ist aber gegen sein berechtigtes Interesse, wenn die Verhältnisse des Geldmarktes so liegen, dass das Kapital zu mässigen Bedingungen auch gegen Eintragung mit dem Range nach 40 000 Mk. zu bekommen gewesen wäre. Wird dagegen dem Eigentümer gestattet, die Grundschuld für sich selbst zu bestellen, so kann er den ganzen Gutswert durch Schaffung solcher Grundschulden erschöpfen und zunächst davon die minder sicheren unterzubringen versuchen, die besseren aber zur Benützung in schwierigen Zeiten zurücklegen.[1]) Derselbe Zweck würde allerdings erreicht werden, wenn der Eigentümer sich gemäss § 881 des B. G. B. bei der Belastung des Grundstückes mit einer Hypothek oder Grundschuld die Befugnis vorbehält (**Rangvorbehalt**),

§ 4.

[1]) Mot. III S. 792.

ein anderes dem Umfange nach bestimmtes Grundpfandrecht mit dem Range vor jenem eintragen zu lassen. Wird jedoch das Grundstück veräussert, so geht die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber über § 881 Abs. 3 des B. G. B., während die Grundschuld dem Veräusserer verbleibt, und also für denselben einen viel höheren Wert hat.

Dass nur eine Grundschuld und nicht auch eine Hypothek für den Eigentümer bestellt werden kann, hat seine Ursache in dem oben auseinander gesetzten verschiedenen Wesen der beiden Belastungsarten. Die Hypothek hat den Zweck, zur Befriedigung wegen einer Forderung zu dienen, zu dem Wesen einer Forderung gehört es aber, dass zwei verschiedene Personen vorhanden sind, von denen die **eine** berechtigt ist, von der **anderen** eine Leistung zu fordern § 241 des B. G. B. Die Hypothek muss also immer auf den Namen eines anderen eingetragen werden. Dieses Verbot, die Hypothek auf den Namen des Eigentümers eintragen zu lassen, könnte nun leicht dadurch umgangen werden, dass entweder die Hypothek auf den Namen eines anderen ohne dessen Wissen und Willen eingetragen würde, oder dass der andere mit Einverständnis des Eigentümers nur zum Scheine die zur Einigung erforderliche Erklärung abgeben würde. Wäre die eingetragene Forderung nicht entstanden, so stände die Hypothek dem Eigentümer zu § 1163 Abs. 1 S. 1 des B. G. B.; dieser könnte Berichtigung des Grundbuches durch Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen verlangen. § 894 des B. G. B. Allein in dem 1. Falle ist die zur Einigung erforderliche Erklärung überhaupt nicht vorhanden, in dem 2. Falle ist sie nichtig § 117 des B. G. B., eine Einigung liegt also nicht vor, ein Eigentümerpfandrecht kann daraus nach dem oben Gesagten nicht entstehen.

II. Zu dem **Entstehen einer Eigentümergrundschuld** ist nun nach dem **materiellen Rechte erforderlich**: Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte und Eintragung. Die Erklärung, welche die sonst erforderliche Einigung in Ermangelung eines Gegenkontrahenten ersetzt, ist dem Grundbuchamte „gegenüber" abzugeben, ist also eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und unterliegt somit den Vorschriften der §§ 130 ff. des B. G. B., sie wird wirksam, sobald sie dem Grundbuchamte zugeht, das in diesem Falle Erklärungsgegner ist

§ 130 Abs. 3 des B. G. B. Sie wird nicht wirksam, wenn dem Grundbuchamte vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Soll jedoch die Erklärung nicht dadurch unwirksam werden, dass der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, so verlangt das B. G. B. in § 878 ausserdem noch, dass die Erklärung für ihn bindend geworden ist — das ist der Fall, wenn die Erklärung notariell beurkundet, oder vor dem Grundbuchamte abgegeben, oder bei demselben eingereicht ist § 873 Abs. 2 des B. G. B., und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist § 1196 Abs. 2 S. 2 des B. G. B. —. Die Erklärung muss dahin abgegeben werden, dass die Grundschuld für den Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden soll und ist dem Geiste des B. G. B. entsprechend formlos. Zu der Erklärung muss als 2. Erfordernis die rechtsgültige Eintragung hinzukommen. Sie muss auf den „Namen" des Bestellers erfolgen, nicht schlechthin auf den Eigentümer als solchen, da die Grundschuld sonst auf den neuen Erwerber übergehen würde.

Es muss ein bestimmter Geldbetrag angegeben sein, und bei der Eigentümerrentenschuld die Ablösungssumme, sonst ist eine rechtsgültige Eintragung nicht vorhanden und damit auch keine Eigentümergrundschuld (s. o.). Da Erklärung und Eintragung völlig gleichwertige Erfordernisse zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld sind, so ist es gleichgültig, ob die Erklärung der Eintragung vorangeht, oder umgekehrt. Nur datiert sie letzterenfalls erst von der Erklärung ab. Die Eigentümergrundschuld kann als Brief- oder Buchschuld bestellt werden; zur Ausschliessung des Briefes, die auch nachträglich erfolgen kann, ist entgegen §§ 1116 Abs. 2, 1192 Abs. 2 des B. G. B. nur einseitige Erklärung mangels eines Gegenkontrahenten und Eintragung erforderlich.

III. Zu diesen materiell-rechtlichen Erfordernissen kommen aber nach dem **formellen** Grundbuchrechte noch weitere **Voraussetzungen.** § 13 der Gr. B. O. verlangt zu jeder Eintragung einen Antrag desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Der Antrag ist aber keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung und nach § 30 der Gr. B. O. formlos. Ferner verlangt § 29 der Gr. B. O., dass die nach § 19 der Gr. B. O. zu einer Eintragung erfor-

derliche Eintragungsbewilligung — das ist in unserem Falle die Erklärung des Eigentümers — in bestimmter Form abgegeben wird, entweder zu Protokoll vor dem Grundbuchamte, oder in öffentlich-beglaubigter Form. Es ist nun möglich, dass beide formelle Erfordernisse nicht zusammentreffen, indem zuerst die Erklärung abgegeben wird, dass eine Grundschuld bestellt werde, und erst später der Antrag gestellt wird, dass diese Grundschuld eingetragen werden soll. Aber in der Regel wird in der Erklärung der Antrag auf Eintragung enthalten sein, oder umgekehrt, die Erklärung wird durch den Antrag ersetzt werden, dann ist für den Antrag die in § 29 Gr. B. O. vorgeschriebene Form einzuhalten § 30 der Gr. B. O.

Während also nach dem materiellen Rechte die Erklärung formlos ist, verlangt das formelle Recht, dass sie in ganz bestimmter Form abgegeben wird. Wie verträgt sich das? Die Vorschriften der §§ 13, 19, 29 der Gr. B. O. sind lediglich Sollvorschriften, Ordnungsvorschriften, sog. *leges imperfectae,* und bedeuten nur soviel, dass der Grundbuchbeamte ohne einen Antrag eine Eintragung nicht vollziehen darf, bezw. dass er den Antrag zurückweisen muss, wenn die Eintragungsbewilligung nicht in der erforderlichen Form abgegeben ist. Vollzieht er trotzdem die Eintragung, so hat er pflicht- und ordnungswidrig verfahren, die Eintragung ist ordnungswidrig, aber deswegen nicht nichtig; s. z. B. §§ 1303, 1313 des B. G. B., für das eingetragene Recht ist eben nur das materielle Recht massgebend, und nach diesem genügt eine formlose Erklärung, und es ist kein Antrag nötig.[2])

§ 5.

Das Eigentümerpfandrecht im Falle des Nichtbestehens der zu grunde liegenden Forderung.

I. Die **Gründe des Nichtbestehens einer Forderung** können mannigfaltiger Natur sein. Am häufigsten wird der Grund darin liegen, dass die Darlehensvaluta nicht zur Auszahlung gekommen, oder dass der Darlehensvertrag nichtig ist, z. B. wegen Wuchers

[2]) Planck S. 643, Fuchs S. 666, Aehilles-Strecker S. 193, Krech S. 5, 31, 49 gegen Turnau-Förster S. 879, Biermann S. 251.

§ 138 Abs. 2 des B. G. B. Ferner kann in Betracht kommen, dass jemand ohne Vollmacht im Namen eines Anderen eine Verbindlichkeit eingegangen hat, oder dass die Verbindlichkeit nach Erlöschen der Vollmacht und nach erlangter Kenntnis des Erlöschens vom Vertreter aufgenommen wurde. Nach § 1113 Abs. 2 des B. G. B. kann eine **Hypothek auch für eine bedingte (oder eine künftige) Forderung** bestellt werden. Ist die Forderung aufschiebend bedingt, und tritt die Bedingung nicht ein, so ist eine Forderung nicht entstanden § 153 Abs. 1 des B. G. B. Bei der Beratung der Kommission für den 2. Entwurf des B. G. B.[1]) wurde der Antrag gestellt, in das B. G. B. folgende Bestimmung aufzunehmen: „Ist die Forderung wegen Nichteintrittes der Bedingung, von der ihre Entstehung abhängt, nicht zur Entstehung gelangt (oder ist sie infolge des Eintrittes einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines erloschen), so erlischt die Hypothek." Der Antrag wurde mit der Behauptung begründet, dass in solchen Fällen die Hypothek selbst als bedingt (oder befristet) anzusehen sei, und dass die Beteiligten insbesondere die Nachhypothekare darauf rechneten, dass die Hypothek wegfalle, und ein Aufrücken stattfinde. Die Kommission lehnte den Antrag ab, weil sie der Ansicht war, dass ein durchgreifender Unterschied zwischen den Fällen, in denen die Hypothek für eine nicht bestehende Forderung bestellt sei, und den Fällen, in denen die Hypothek für eine bedingte Forderung bestellt sei, letztere aber wegen des Ausfalles der Bedingung nicht zur Entstehung gelangt sei, nicht anerkannt werden könne, und dass es sich nicht empfehle, abweichend von der allgemeinen Regel für die vom Antrage betroffenen Fälle gesetzlich das Erlöschen der Hypothek vorzuschreiben. Man darf also nicht die Fälle, in denen die „Forderung" bedingt ist, mit den Fällen der bedingten „Hypothek" verwechseln. Ist der dingliche Vertrag bedingt, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung, das ist eben das dingliche Recht die Belastung des Grundstückes, mit dem Eintritt der Bedingung ein § 158 Abs. 1 des B. G. B. Tritt die Bedingung nun nicht ein, so liegt eine Einigung nicht vor, eine Belastung des Grundstückes ist nicht vorhanden, folglich kann auch keine Eigentümer-

§ 5.

[1]) Prot. III. S. 604/5.

hypothek entstehen. Die Nachhypothekare rücken vor.[2]) Bei der bedingten Hypothek ist es also fraglich, ob das dingliche Recht eintritt, bei den bedingten Forderungen, für die eine Hypothek bestellt ist, ist das dingliche Recht von Anfang an vorhanden, und es ist nur fraglich, ob die Forderung zur Entstehung gelangt oder nicht, ob das dingliche Recht also von da ab dem Gläubiger oder dem Eigentümer zustehen wird. Hier ist also die Belastung eine unbedingte, aber der Gläubiger erwirbt ein materielles Hypothekenrecht erst mit der Entstehung der Forderung.[3]) Lange S. 41 sagt nun: „man dürfe nicht soweit gehen, zu behaupten, dass bereits während des Schwebens der Bedingung, eben weil noch keine Forderung bestünde, eine Eigentümerhypothek vorhanden sei; hier bestünde vielmehr, solange es noch ungewiss sei, ob für den Gläubiger eine Hypothek zur Entstehung gelange, oder ob der Eigentümer die Hypothek erwerbe, noch gar nichts: denn bestünde bereits eine Eigentümerhypothek, so könnte der Eigentümer auch Berichtigung des Grundbuches verlangen; hingegen könnte der eingetragene Gläubiger aber mit Recht einwenden, dass bislang noch gar nichts feststehe, ob das Grundbuch unrichtig sei oder nicht; im übrigen ginge aus dem Wortlaute des Gesetzes hervor, dass erst Gewissheit über das Nichtentstehen der Forderung vorhanden sein müsse.“ Dem ist folgendes zu entgegnen: Die Belastung des Grundstückes ist eine unbedingte, der Gläubiger erwirbt aber die Hypothek erst mit der Entstehung der Forderung mit dem Eintritte der Bedingung. Wem soll nun bis zum Eintritte derselben die Hypothek zustehen? Die Hypothek kann doch nicht in der Luft hängen, sie kann eben nur dem Eigentümer zustehen. Das Gesetz verlangt eben nicht mehr, als dass die Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, und das ist hier der Fall. Mit dem Augenblicke der Eintragung entsteht also eine Eigentümerhypothek, und es bleibt nur in der Schwebe, ob sie es bleiben wird — das ist der Fall, wenn die Bedingung ausfällt — oder ob sie zur Fremdhypothek wird.

[2]) So Planck S. 554, Bruck S. 175 ff., Hachenburg S. 233, a. M. Kindel S. 104 ff. — Du Chesne Zeitschr. Notar. V. 1905 S. 397 ff. bestreitet, dass es eine bedingte Hypothek in dem Sinne gibt, dass das Grundrecht, der dingliche Bestandteil, in sich bedingt ist.

[3]) Entsch. R. G. LI. S. 43 ff.

Wenn nun auch der Eigentümer in der Schwebezeit Eigentümerhypothekar ist, so hat er doch nicht die vollen Rechte, die sonst einem solchen zustehen. Sein Recht ist abhängig von dem Eintritte eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses, dem Entstehen der Forderung; sein Recht ist also kraft *condicio juris* auflösend bedingt; er darf daher gemäss § 161 Abs. 2 des B. G. B. keine Verfügungen über die Eigentümerhypothek[4]) treffen, die im Falle des Eintrittes der Bedingung das Recht des Gläubigers beeinträchtigen würden; er darf weder Grundbuchberichtigung verlangen, noch die Eigentümerhypothek abtreten, ausser unter auflösender Bedingung s. u. § 6.

Entsprechendes gilt, wenn die **Hypothek für eine künftige Forderung** bestellt ist. Die Eigentümerhypothek ist hier kraft Gesetzes befristet § 163 des B. G. B.[5])

Ist eine **Forderung anfechtbar** z. B. wegen Irrtumes, § 119 des B. G. B. oder arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung § 123 des B. G. B., und in der vorgeschriebenen Zeit (§§ 121, 124) angefochten worden, so ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen § 142 des B. G. B. Eine Forderung ist ebenfalls nicht entstanden.

Mit dieser Anfechtung ist die **Anfechtung im Konkurs oder nach Anfechtungsgesetz** vom 21. Juli 1879 nicht zu verwechseln. Während die gewöhnliche Anfechtung absolut und dinglich wirkt, fällt das wegen Gläubigerbenachteiligung angefochtene Geschäft nicht von selbst und *ex tunc* zusammen; es wird ihm vielmehr und nur dem Anfechtenden gegenüber die Wirksamkeit für die Zukunft entzogen; die Wirkung der Anfechtung besteht also zunächst darin, dass sich der Anfechtungsgegner nicht auf das angefochtene Geschäft berufen kann § 29 der K. O., § 1 des Anf. G., als weitere Wirkung kommt dazu der Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Rückgewähr des Erlangten § 37 der K. O., § 7 des Anf. G.[6]) Wir müssen nun

[4]) Wie dies praktisch möglich wäre, darüber s. u. § 6.

[5]) S. auch Hirsch A. bürg. R. XXV. S. 248 ff., Oberneck Gruch. Beitr. a. a. O. S. 336, Entsch. R. G. LI. S. 44 ff.

[6]) S. Jaeger S. 216, Petersen-Kleinfeller S. 100/2, Meyer J. W. 1902 S. 614 und die dort angegebenen Entscheidungen.

unterscheiden einmal: nur der dingliche Vertrag ist anfechtbar, ferner: nur die Forderung ist anfechtbar, endlich: sowohl dinglicher Vertrag als auch Forderung sind anfechtbar.

1. Das Erstere ist der Fall, wenn die Forderung zu Recht besteht, die Hypothek aber erst später in der kritischen Zeit §§ 30 ff. der K. O., § 3 ff. des Anf. G. bestellt wurde. Wird nun der **dingliche Vertrag angefochten**, so wird es „gegenüber dem Konkursverwalter bezw. Anfechtungsgläubiger", bei dem die Voraussetzungen des § 1 des Anf. G. vorliegen, so gehandhabt, als hätte eine Einigung nie vorgelegen; damit ist aber „diesen Personen gegenüber" eine Belastung des Grundstückes weder als Fremd-, noch als Eigentümerhypothek entstanden. Der Anfechtungsgegner ist damit angewiesen, seine Forderung als Konkursforderung geltend zu machen. Sind nun nach der angefochtenen Hypothek Nachhypothekare eingetragen, bei denen die Voraussetzungen der Anfechtung nicht vorliegen, so rücken diese „im Verhältnis zu den anfechtungsberechtigten Personen" vor; in die Konkursmasse, bezw. an den Anfechtungsgläubiger fällt nur die Hyperocha. Aber diese Wirkung besteht nur gegenüber den anfechtungsberechtigten Personen. Denn nur diesen gegenüber ist der Anfechtungsgegner verpflichtet, den Zustand herbeizuführen, der jetzt bestehen würde, wenn die anfechtbare Handlung nicht geschehen wäre. Wäre aber die Einigung nicht vollzogen worden, dann wäre eine Hypothek nicht eingetragen worden: die Nachhypotheken wären eine Stelle weiter vorne eingetragen worden. Wird nun das Konkursverfahren aus irgend einem Grunde aufgehoben, so bleibt alles in dem Zustande, der vor der Eröffnung des Konkurses bestanden hat, die angefochtene Hypothek bleibt zu Recht bestehen. Würde man, wie Jaeger S. 283 vorschlägt, den anfechtungsberechtigten Personen das Recht einräumen, von dem Anfechtungsgegner den Verzicht auf die Hypothek zu verlangen, so würde das zu weit gehen. Denn der Verzicht auf die Hypothek wirkt absolut. Mit der Eintragung des Verzichtes würde die Eigentümerhypothek entstehen, und diese würde bestehen bleiben, auch wenn der Konkurs wieder aufgehoben würde. Es würde also der Anfechtungsgegner geschädigt werden. Das Gleiche gilt natürlich, wenn eine Grund- oder Rentenschuld in der kritischen Zeit bestellt wird.

2. Der zweite Fall ist dann gegeben, wenn die Hypothek nach § 1113 Abs. 2 des B. G. B. für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt wird. Fällt nun die Entstehung der **Forderung** in die obige Zeit, so ist nur sie **anfechtbar,** es müsste denn sein, dass bei der Hypothek für die bedingte Forderung das Begründungsgeschäft schon vorher vorgenommen war. Wird nun die Forderung angefochten, so gilt sie als „gegenüber den anfechtungsberechtigten Personen" nicht entstanden, die Hypothek ist also Eigentümerhypothek. Der Anfechtungsgegner ist ja gegenüber jenen Personen verpflichtet, den vor der anfechtbaren Handlung vorhandenen Zustand wieder herzustellen; bevor aber jene Handlung vorgenommen wurde, war nach den oben auseinandergesetzten Grundsätzen eine Eigentümerhypothek vorhanden gewesen. Der auf die Eigentümerhypothek entfallende Betrag fällt in die Konkursmasse, bezw. kann von dem Anfechtungsgläubiger gepfändet werden. Der Anfechtungsgegner kann hier nicht als Konkursgläubiger auftreten, und auch die Nachhypothekare sind hier schlechter gestellt als im Falle 1, aus dem einfachen Grunde, weil schon vor ihrer Eintragung eine Belastung des Grundstückes, wenn auch nur als Eigentümerhypothek, vorhanden war. Wird nun das Konkursverfahren aufgehoben, so wird der vor der Konkurseröffnung vorhandene Zustand wieder hergestellt. Das würde aber nicht der Fall sein, wenn man dem Konkursverwalter nach §§ 1137, 1169 des B. G. B. das Recht einräumen würde, von dem Anfechtungsgegner den Verzicht auf die Hypothek zu verlangen.

3. Ist endlich **sowohl der dingliche Vertrag, als auch die Forderung anfechtbar,** so gilt analoges wie im Falle 1 und 2. Die Hypothek kann „im Verhältnis zu den anfechtungsberechtigten Personen" nicht Eigentümerhypothek werden, da diesen Personen gegenüber das Moment der Einigung in Wegfall kommt = Fall 1. Der Anfechtungsgegner kann aber auch nicht als Konkursgläubiger auftreten = Fall 2.

Hieher zu rechnen sind endlich die Fälle der sogenannten **Naturalobligationen** §§ 814, 222 2, 534, 762, 656, 390, 768 S. 2. 1137 S. 2, 1211 S. 2 des B. G. B., § 193 S. 2 der K. O. Durch sie wird eine Verbindlichkeit nicht begründet; was aber auf grund derselben geleistet wird, kann nicht deshalb zurückgefordert

werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Auf die sehr bestrittene juristische Konstruktion dieser Verbindlichkeiten näher einzugehen, ist hier nicht am Platze, aber auch nicht nötig. § 1113 des B. G. B. verlangt zur Entstehung einer Hypothek eine „Forderung" und versteht darunter eine Verbindlichkeit, die im Klagewege geltend gemacht werden kann. Dies ist aber bei obigen Verbindlichkeiten nicht der Fall; wird also für eine solche, z. B. für eine Spielschuld, eine Hypothek bestellt, so ist die Hypothek Eigentümerhypothek.

II. Besonderes ist noch zu sagen über die Entstehung der Eigentümerhypothek bei den **Höchstbetragshypotheken.** Mit der Höchstbetragshypothek wird das Grundstück anders, als bei der bedingten Hypothek, aber ebenso wie bei der Hypothek für eine bedingte Forderung, sogleich durch die Eintragung zu dem vollen eingetragenen Höchstbetrage unbedingt belastet. Hat aber der Eigentümer bei Bestellung der Maximalhypothek den ihm eingeräumten Kredit nur teilweise in Anspruch genommen, so ist im Betrage des Restes eine Eigentümerhypothek entstanden; allein diese Eigentümerhypothek kann jederzeit in eine Fremdhypothek umgewandelt werden, sobald die Forderung wächst; das Recht des Eigentümers ist also kraft einer *condicio juris* auflösend bedingt: der Eigentümer kann seine Eigentümerhypothek weder durch Herbeiführung der Berichtigung, noch durch Cession geltend machen. Hat sich aber nach Massgabe des zu grunde liegenden Rechtsverhältnisses entschieden, dass neue Forderungen nicht mehr entstehen können, und dass die sämtlichen Forderungsbeträge, die aus dem Rechtsverhältnis entstanden sind, den Höchstbetrag nicht erreichen, so hat sich damit gleichzeitig herausgestellt, dass der Eigentümer in Höhe des überschiessenden Betrages von dem ihm eingeräumten Kredit keinen Gebrauch gemacht hat, dass also in Höhe dieses Betrages eine Forderung nie entstanden ist. Jetzt ist der Eigentümer in der Lage, in der Höhe dieses Betrages die ihm schon von Anfang an zustehende Eigentümerhypothek geltend zu machen.[7])

In diesen Erwägungen ist die Ansicht des Reichsgerichtes[8]) nicht zu billigen. Es heisst dort: „Die Eigentümerhypothek ist

[7]) S. Lange S. 48, Hirsch a. a. O. S. 248.

[8]) Entsch. R. G. LI. S. 117 ff.

nicht zunächst Eigentümerhypothek, sondern kann es erst werden, und zwar, wenn es sich nach Massgabe des ihr zu grunde liegenden Rechtsgeschäftes entschieden hat, dass und in welchem Betrage die Forderungen, zu deren Sicherung sie eingetragen ist, unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleiben. Erst dann hat es sich herausgestellt, dass die Forderung, für die sie bestellt ist, insoweit nicht zur Entstehung gelangt ist. Bis dahin bleibt die Hypothek das, als was sie im Grundbuche eingetragen ist: eine zu einem Höchstbetrage eingetragene Sicherungshypothek für einen bestimmten Gläubiger, bei der die Feststellung der Forderung, für die sie haftet vorbehalten bleibt. § 1190 Abs. 1 des B. G. B. Solange und soweit die Feststellung noch aussteht, liegt die Voraussetzung einer Eigentümerhypothek, Nichtentstehen einer zu sichernden Forderung nicht vor. Sie ist erst dann gegeben, wenn nach dem der Hypothek zu grunde liegenden Rechtsgeschäfte keine Forderungen mehr entstehen können, und die entstandenen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen.[9])

Schreiber im sächs. Archiv XIII. 327 ff. spricht von einer „Umwandlung" der Höchstbetragshypothek in eine Eigentümerhypothek, wenn es sich nach Massgabe des zu grunde liegenden Rechtsgeschäftes entschieden hat, dass und in welchem Betrage die Forderungen hinter dem eingetragenen Höchstbetrage zurückbleiben; er ist dementsprechend auch der Meinung, dass die Höchstbetragshypothek, wenn die Feststellung zur Zeit des Zuschlages noch nicht erfolgt sei, Eigentümergrundschuld des Erstehers werde.

Nach diesen Ansichten wird durch die Feststellung der Forderung die Eigentümerhypothek erst zur Entstehung gebracht, es wird also der Feststellung der Forderung eine **konstitutive** Wirkung beigelegt. Das ist aber nicht zutreffend. Eine Feststellung kann nicht Rechte schaffen, sondern hat nur den Zweck, die bestehende Rechtslage festzulegen. Durch die Feststellung der Forderung soll klar gelegt werden, dass in Höhe des überschiessenden Betrages eine Forderung niemals entstanden ist, dass also hinsichtlich dieses Betrages die Eigentümerhypothek mit dem Augenblicke der Eintragung vorhanden war und seitdem nicht

[9]) Aehnlich Müller-Meikel S. 920, K. G. C. Bl. F. G. I. S. 769; O. L. G. Dresden ebd. III. S. 467.

mehr verschwunden ist.[10]) Wollte man der Ansicht des Reichsgerichtes u. s. w. beipflichten, so müsste man die Hypothek demjenigen zuerkennen, der zur Zeit der Feststellung der Forderung Eigentümer ist (s. u.). Schreiber tut dies, wie oben erwähnt, für den Fall der Zwangsversteigerung, das Reichsgericht bleibt inkonsequent, in Entsch. R. G. LV. S. 220 wird die Hypothek dem Eigentümer zur Zeit der Hypothekbestellung zugesprochen.

Es sollen hier noch kurz zwei Fragen erörtert werden, die im engen Zusammenhange mit der Entstehung der Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek stehen, einmal die Frage **nach der Höhe der Forderung,** und dann die Frage, **wann die Feststellung als erfolgt gilt.** Was die erstere anlangt, so ist zu bemerken, dass in den Höchstbetrag eingerechnet werden alle Zinsen, auch die gesetzlichen,[11]) ferner alle Nebenleistungen, deren Geldbetrag nach § 1115 des B. G. B. in das Grundbuch eingetragen werden müsste. Nicht eingerechnet zu werden brauchen dagegen die Kosten, für die das Grundstück kraft Gesetzes haftet § 1118 des B. G. B.[12])

Was die zweite Frage anlangt, so ist zu sagen: Ist die Hypothek für Ansprüche, die aus einem fortlaufenden Rechtsverhältnis entstehen, bestellt, (z. B. Ansprüche aus eröffnetem Kredit, einer Geschäftsführung, einer Vermögensverwaltung, einer Vormundschaftsführung u. A.) so erfolgt die Feststellung, wenn das Kreditverhältnis u. s. w. beendigt ist. Denn jetzt können Forderungen nicht mehr entstehen. So stellt z. B., wenn die Parteien im Kontokorrentverkehr mit einander stehen, der Saldo am Schlusse fest, wer von beiden Teilen der Gläubiger ist, und wie viel er zu fordern hat. Erfolgt die Befriedigung im Wege der Zwangsversteigerung aus dem Grundstücke, so erfolgt die Feststellung der Forderung längstens bei der Verteilung des Erlöses. Erst mit diesem Termine schliesst die Möglichkeit ab, dass neue unter die Maximalhypothek fallende Forderungen entstehen können.

[10]) Analog beim Erlöschen der Forderung Planck S. 625 und Biermann S. 418.

[11]) Entsch. R. G. LV. S. 220.

[12]) Biermann S. 417.

III. Kindel S. 108, 109 will den § 1163 Abs. 1 des B.G.B. auch auf die **Grundschuld** ausgedehnt wissen, und er verteidigt dies folgendermassen:

„Der Gesetzgeber hat offenbar beabsichtigt, die Grundschuld ganz von Forderung und Rechtsgrund zu lösen, und aus dieser vielleicht unrichtigen Rechtsanschauung die Eigentümergrundschuld weiter auszudehnen, als die Eigentümerhypothek. Dass nun anscheinend das Gegenteil erreicht ist, liegt unseres Erachtens gerade in der theoretisch unrichtigen Auffassung der Grundschuld. Dieselbe ist nicht eine Sachhaftung ohne Forderung, sondern ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht, für welches eine Vermögenshaftung überhaupt nicht existiert oder nicht eingetragen ist. Sobald der Charakter der Grundschuld richtig bestimmt ist, ergibt sich die entsprechende Anwendung des § 1163 von selbst. Auch die allein durch die Sachhaftung gedeckte Forderung kann nicht zur Entstehung gelangen. Der Eigentümer, der nur mit dem Grundstücke haften soll, hat z. B. die Darlehensvaluta nicht erhalten. Auch die allein durch die Sachhaftung gedeckte Forderung kann erlöschen, z. B. durch Zahlung. In beiden Fällen liegen die der Sachhaftung entsprechenden Rechte noch im Eigentume, indem sie aus ihm noch nicht geschieden oder zu ihm zurückgekehrt sind. Nach der Auffassung des B. G. B. wird man dem Eigentümer eine Grundschuld zusprechen müssen, da und soweit ein durch die Vermögenshaftung gedecktes Forderungsrecht nicht existiert und daher auf den Eigentümer nicht übergegangen sein kann." Dem ist entgegenzuhalten: Die Bestellung einer Grundschuld ist, wie schon oben auseinandergesetzt wurde, ein abstraktes Rechtsgeschäft, das in seiner Gültigkeit vom Kausalverhältnis völlig unabhängig ist § 1192 Abs 2 des B. G. B. Die Grundschuld ist also völlig dinglich wirksam, wenn der Rechtsgrund der Bestellung von Anfang an nicht gegeben war oder wieder weggefallen ist. Jedoch ganz gleichgültig ist das Kausalverhältnis nicht. Fehlt der Rechtsgrund, ist also z. B. die Forderung nicht entstanden, so leidet das abstrakte Rechtsgeschäft an einem inneren Mangel. Das Gesetz gewährt nun dem durch die Vornahme des Geschäftes Geschädigten in Gemässheit der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung § 812 ff. des B. G. B. einen obligatorischen Anspruch gegen den Empfänger auf Rückerstattung des Erlangten.

Dinglich wirksam ist die Grundschuldbestellung für den Gläubiger, jedoch ist dieser jetzt nach durchgeführter Klage verpflichtet, die Grundschuld dem Eigentümer zurückzugeben, also ihm zu cedieren. Während also nach Kindel das Nichtentstehen der Forderung **dinglich** wirkt, und die Grundschuld als von Anfang an dem Eigentümer gehörend zu betrachten ist, die Klage also auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches zu richten ist, hat in Wirklichkeit der Eigentümer nur einen **obligatorischen** Anspruch gegen den Gläubiger, gerichtet auf Uebertragung der Grundschuld, und erwirbt also erst die Grundschuld mit Rechtskraft des die Uebertragungserklärung ersetzenden Urteiles und Eintragung in das Grundbuch, bezw. Herausgabe des Hypothekenbriefes §§ 873, 1144, 1154 des B. G. B., § 894 des Z. P. O. Zur Sicherung des Anspruches auf Uebertragung der Grundschuld kann eine Vormerkung eingetragen werden § 883 ff. des B. G. B., die mit Erlassung eines vorläufig vollstreckbaren Urteiles als bewilligt gilt § 895 der Z. P. O. — Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung kann aber auch, wenn die empfangene Leistung in einer Verbindlichkeit des Geschädigten besteht, im Wege der Einrede geltend gemacht werden § 821 des B. G. B. Der dinglichen Klage des Gläubigers kann also die *exceptio peremptoria* der ungerechtfertigten Bereicherung entgegengesetzt werden, und der Eigentümer kann vom Gläubiger, verlangen, dass er auf die Grundschuld verzichtet § 1169 des B. G. B. Mit dem Verzichte von seiten des Gläubigers und der Eintragung erwirbt er erst die Hypothek § 1168 des B. G. B. Also auch auf diesem Wege muss er sich die Eigentümerhypothek erst erkämpfen mittels Klage, während nach Kindel die Klage (auf Grundbuchberichtigung) nur den Zweck hat, die schon lange besessene Eigentümergrundschuld gegen die aus der *publica fides* des Grundbuches sich für den Eigentümer ergebenden Gefahren zu sichern.

IV. Wie die Forderung in ihrem vollen Betrage nicht zur Entstehung gelangen kann, so ist es gerade so gut denkbar, dass die Forderung nur zu einem **Teilbetrage** nicht entstanden ist, dass z. B. nur ein Teilbetrag der Darlehensvaluta nicht zur Auszahlung gelangt ist. Hier ist natürlich nur in Höhe dieses Teilbetrages eine Eigentümerhypothek entstanden, während hinsichtlich des Rest-

betrages die Hypothek des Gläubigers zu Recht besteht.[13]) In den Fällen der Eigentümerteilhypothek bestimmt nun § 1176 des B. G. B., dass die für den Eigentümer entstandene Hypothek nicht zum Nachteile der für den Gläubiger verbleibenden geltend gemacht werden kann. Die herrschende Ansicht[14]) versteht darunter, dass die Hypothek des Gläubigers den Vorrang vor der Eigenthümerhypothek erhält. Ostermeyer S. 318 und Franke in Bl. f. R. A. LXVII. S. 238 sind der Ansicht, dass beide Hypotheken zu gleichem Range ständen. Letzterer sagt: „Teilstücke einer Forderung haben mangels gegenteiliger Vereinbarung stets unter einander gleiches Recht, sind insbesondere gleichen Ranges", und er sucht dies in Hinblick auf §§ 1151. 1210 und 1204 des B. G. B. zu beweisen.

Ein praktisches Beispiel wird die Auslegung des § 1178 geben. Wir nehmen an: auf dem Grundstücke X des Eigentümers A lastet an erster Stelle eine Hypothek des B zu 10 000 ℳ. an zweiter Stelle eine solche des C zu 20 000 ℳ, bei der 5000 ℳ nicht zur Auszahlung gekommen sind, in deren Höhe also eine Eigentümerhypothek des A entstanden ist, und weitere Hypotheken. Bei der Zwangsversteigerung sind 22 000 ℳ erlöst worden. Nach der Ansicht von Ostermeyer und Franke erhielte B seine 10 000 ℳ. C 9000 ℳ. A 3000 ℳ. nach der herrschenden Ansicht erhält B 10 000 ℳ. C 12 000 ℳ, A fällt durch; würde eine Eigentümerhypothek nicht entstanden sein. würde also nur eine Hypothek des C zu 15 000 ℳ eingetragen worden sein. dann würde C ebenfalls 12 000 ℳ erhalten; es ist also klar. dass durch die Entstehung der Eigentümerhypothek des A der C um den Betrag von 3000 ℳ geschädigt werden würde, wenn man der Ansicht von Ostermeyer und Franke beipflichtete. Und das zu verhindern, ist doch der Zweck des § 1176. Wir müssen also diesen Paragraph im Sinne der herrschenden Meinung auslegen.

Das Rangverhältnis bleibt bestehen. wenn die Eigentümerhypothek vom Eigentümer weiter cediert wird; erst dann, wenn

[13]) S. aber Nussbaum A. bürg. R. XXV. S. 62 ff: Bei der Damnohypothek entsteht hinsichtlich des nicht zur Auszahlung gelangten Teilbetrages keine Eigentümerhypothek.

[14]) S. z. B. Planck zu § 1176, Recht 1902 S. 248, Entsch. R. G. XXVII. S. 188.

die Hypothek sich vollständig in Eigentümerhypotheken aufgelöst hat, und diese sämtlich weiter cediert wurden, stehen sie sich alle im Range gleich.[15])

V. Zum Schlusse dieser Abhandlung soll noch die Streitfrage erledigt werden, wer das **Subjekt der Eigentümerhypothek im Sinne des § 1163 Abs. 1 S. 1** ist, und es soll gleichzeitig, weil damit im engsten Zusammenhange stehend, diese Frage auch hinsichtlich des Satzes 2 entschieden werden. Die herrschende Meinung geht dahin, dass im Satze 1 nur derjenige Grundstückseigentümer gemeint ist, der es war, als die Hypothek in das Grundbuch eingetragen wurde, im Satze 2 dagegen derjenige, der es war, als die Forderung erlosch. Gleichgiltig ist, um welche Art der Hypothek es sich handelt.[16])

Gegen die herrschende Meinung wenden sich nun einerseits Kretschmann im C. Bl. F. G. IV. S. 195 und Reinhardt im Recht 1901 S. 32., andererseits O. L. G. Jena Rspr. III. S. 198 ff. Kretschmann und Reinhardt sind der Ansicht, dass ohne Unterschied, ob die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, oder erloschen ist, die Hypothek stets dem „jeweiligen" Eigentümer des Grundstückes zufallen müsse. Reinhardt begründet dies näher, indem er sagt: der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer vollziehe sich in beiden Fällen kraft Gesetzes in dem Augenblicke, in dem die Voraussetzung dazu vorliege, d. h. in dem es feststehe, dass die Forderung nicht entstanden, oder wieder erloschen sei. Von diesem Augenblick an verwandle sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld, und es sei klar, dass bei unbefangener Deutung der Gesetzesworte nicht der Besteller der Hypothek, sondern nur derjenige verstanden werden könne, der zur Zeit der Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld der Eigentümer sei; es wäre eine auffällige Ungenauigkeit des Ausdruckes, wenn das Gesetz unter einem „Eigentümer" ohne nähere Angabe eine Person verstanden

[15]) Näheres bei Fuchs D. J. Z. X. S. 115.

[16]) Planck S. 555/6, Turnau-Förster S. 749, Fuchs S. 525, Neumann S. 764/5, Bruck S. 222, Biermann S. 371, Oberneck Gruch. Beitr. a. a. O. S. 330 ff. und die ebd. angegebenen Entscheidungen, Jaeckel C. Bl. F. G. IV. S. 279 ff., Müller-Meikel S. 898., Entsch. R. G. LI. S. 398 und LV. S. 220, O. L. G. Posen Soergel Rspr. 1903 S. 189.

wissen wollte, die gar nicht Eigentümer sei. In das andere Extrem verfällt das O. L. G. Jena, indem es die Behauptung aufstellt, dass stets der „Besteller" der Hypothek diese als Eigentümerhypothek erwirbt. Allein schon aus dem Wortlaute der beiden Sätze geht hervor, dass der Gesetzgeber dies anders gewollt hat. Indem er sagt, dass der Eigentümer die Hypothek „erwirbt", setzt er voraus, dass bereits eine Hypothek vorhanden ist, und da ist es klar, dass nur der Eigentümer die Hypothek erwerben kann, der es war, als das Recht des Gläubigers infolge Erlöschens der Forderung weggefallen ist. Im Satze 1 ist es aber anders; hier hat der eingetragene Gläubiger die Hypothek nie besessen, hier „erwirbt" infolge dessen der Eigentümer überhaupt nicht vom Gläubiger die Hypothek, sondern sie „steht" dem Eigentümer „zu", und zwar von dem Augenblicke an, wo die Eintragung in das Grundbuch erfolgt ist. Daran ändert nichts, wenn erst später festgestellt wird, dass die Forderung nicht entstanden ist.[17]) Denn die Feststellung hat lediglich **deklaratorische** Bedeutung. Auch das Reichsgericht [18]) hält eine blosse Feststellung des Nichtentstehens der Forderung für belanglos: „Die Zeit der Feststellung ist etwas mehr oder minder zufälliges; nicht die Zeit dieser Feststellung, sondern die festgestellte Tatsache, dass nämlich die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, muss entscheidend sein: und diese führt, mag die Feststellung früher oder später erfolgen, zunächst auf die Zeit der Begründung zurück, also auf den Eigentümer, der es war, als die Hypothek in das Grundbuch eingetragen wurde." Wenn Reinhardt sagt, die Hypothek gebühre demjenigen, der Eigentümer war, als sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld verwandelte, so ist diese Prämisse vollständig richtig, aber die Schlüsse, die er daraus zieht, sind falsch; denn soll sich eine Hypothek in eine Eigentümergrundschuld verwandeln, so muss doch überhaupt eine „Hypothek" vorher vorhanden sein; ist aber eine Forderung nicht entstanden, so ist auch keine Hypothek für einen Gläubiger entstanden, gleichgiltig, ob es sich früher oder später herausstellt, dass jene Forderung nicht entstanden ist, sondern von Anfang an steht die Grundschuld dem Eigentümer zu.

[17]) Das ist praktisch wichtig in den Fällen, wo die Hypothek für eine bedingte Forderung bestellt ist, und die Bedingung ausfällt.

[18]) Entsch. R. G. LV. S. 221.

und zwar als Eigentümergrundschuld.[19]) Mit diesen Erörterungen ist auch von selbst die Ansicht des O. L. G. Jena erledigt.

Auch praktische Erwägungen bestätigen uns die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Würde die Hypothek im Falle des Eigentumswechsels dem späteren Eigentümer zufallen, so würde dieser sich zum Schaden des früheren Eigentümers ungerechtfertigter Weise bereichern. Denn ist die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so hat der Eigentümer eine Valuta nicht erhalten: veräussert er das Grundstück, so wird der Erwerber, der in der Regel von dem Nichtentstehen der Forderung keine Kenntnis haben wird, sondern die Hypothek als zu Recht bestehend erachtet, diese in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen und einen entsprechend geringeren Kaufpreis bezahlen. Der Eigentümer hat also ebenfalls seine Valuta nicht erhalten. Sollte nun derjenige Eigentümer die Hypothek erwerben, der es war, als die Nichtexistenz der Forderung festgestellt wurde, so würde der Besteller der Hypothek um deren Wert geschädigt, der damalige Eigentümer aber um denselben bereichert werden. Umgekehrt ist es im Falle des Erwerbes der Hypothek von einem Gläubiger, aus welchem Grunde der Erwerb auch immer erfolgt. Hier ist eine Hypothek für den Gläubiger entstanden, der Besteller hat also in der Regel seine Valuta erhalten. Ihm sind also die Schicksale der Hypothek von nun an gleichgültig. Veräussert er nun das Grundstück, und übernimmt der Erwerber die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis mit Genehmigung des Gläubigers, so scheidet der Besteller ganz aus. Tritt jetzt ein Entstehungsgrund des Eigentümerpfandrechtes ein, so hat dies seinen Grund in einer Handlung des jetzigen Eigentümers (z. B. Befriedigung des Gläubigers) oder in einer Handlung des Gläubigers oder eines Dritten zu gunsten des jetzigen Eigentümers (z. B. Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek — Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten mit Ausnahme der Fälle §§ 1164, 268 des B. G. B.) Es erhält also mit Recht derjenige das Grundpfandrecht, der der Eigentümer ist, wenn der Entstehungsgrund des Eigentümerpfandrechtes eintritt.

[19]) S. auch Martinius Gruch. Beitr. XLIV. S. 383.

§ 6.

Das Eigentümerpfandrecht bis zur Uebergabe des Briefes.

I. Die Buchhypothek birgt eine grosse Gefahr für den Eigentümer in sich. Mit der Eintragung in das Grundbuch erlangt hier der Gläubiger die Möglichkeit, über die Hypothek zu gunsten eines gutgläubigen Dritten zu verfügen. Um nun den Gläubiger dagegen zu schützen, dass der aus § 1138 des B. G. B. folgende öffentliche Glaube für das Bestehen der Forderung zu gunsten des Erwerbers der Hypothek platzgreife, hat der Gesetzgeber einerseits in das Gesetzbuch die Bestimmung aufgenommen, dass die Verkehrshypothek prinzipiell Briefhypothek ist, wenn nicht die Erteilung des Briefes durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch, oder kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, andererseits, dass der Gläubiger erst dann die Hypothek erwirbt, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstückes übergeben wird §§ 1116, 1117 des B. G. B. Damit geht Hand in Hand die Bestimmung des § 60 Abs. 1 der Gr. B. O., wonach der Brief vom Grundbuchamte an den Eigentümer auszuhändigen ist, und die des § 1163 Abs. 2 des B. G. B., dass dem Eigentümer die Hypothek bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger zusteht. Der Eigentümer kann sich also gegen die Gefahr, dass der Gläubiger vor Bezahlung der Valuta die Hypothek an einen durch seinen guten Glauben geschützten Dritten abtritt und ihm dadurch den Einwand der nicht gezahlten Valuta entzieht, dadurch schützen, dass er dem Gläubiger erst dann den Brief übergibt, wenn er von ihm die Valuta erhalten hat. Klagt nun der Gläubiger gegen den Eigentümer auf Ausantwortung des Briefes vor Auszahlung der Valuta, so kann ihm der Eigentümer die *exceptio non eximpleti contractus* gemäss § 320 des B. G. B. entgegensetzen. Er bewirkt dadurch zwar nicht, dass der Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen wird, jedoch hat die Geltendmachung der Einrede die Wirkung, dass der Eigentümer nur zur Erfüllung Zug um Zug gegen Auszahlung der Valuta zu verurteilen ist § 322 Abs. 1 des B. G. B. Klagt dagegen der Gläubiger auf Aushändigung des

Briefes, obwohl die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, so kann der Eigentümer im Wege der Incidentfeststellungsklage § 280 der Z. P. O. feststellen lassen, dass die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist, und auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung widerklagen § 894 des B. G. B.

II. Der **Gläubiger erwirbt also die Hypothek erst mit der Uebergabe des Briefes**; auf die Uebergabe finden die §§ 929 bis 931 des B. G. B. entsprechende Anwendung. Voraussetzung ist in allen Fällen jedoch, dass die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, zur Entstehung gelangt ist; ist dies nicht der Fall, so hat der Gläubiger trotz der Uebergabe des Briefes die Hypothek nicht erworben; der Eigentümer kann auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung und auf Herausgabe des Hypothekenbriefes klagen § 952 Abs. 2 des B. G. B. Das Gesetz verlangt also einerseits, dass der Gläubiger im Besitze des Briefes ist, andererseits, dass er diesen Besitz mit Wissen und Willen des Eigentümers erlangt hat; es genügt also nicht einseitige Besitzergreifung durch den Gläubiger oder eine ohne Zustimmung des Eigentümers von seiten des Grundbuchamtes an den Gläubiger versehentlich erfolgte Aushändigung des Briefes; in diesen Fällen erwirbt der Gläubiger die Hypothek erst nach § 929 Abs. 2 des B. G. B. auf grund nachträglicher Einigung über den Uebergang des Besitzes. Dagegen erwirbt der Gläubiger die Hypothek, wenn ihm auf grund einseitiger Bewilligung seitens des Eigentümers der Brief vom Grundbuchamte ausgehändigt wird.

Ist aber der Gläubiger einmal im Besitze des Briefes, so spricht die Vermutung dafür, dass er mit Willen des Eigentümers sich im Besitze desselben befindet § 1117 Abs. 3 des B. G. B. Denn die Fälle, in denen der Gläubiger durch ein Versehen des Grundbuchamtes in den Besitz des Briefes gelangt, werden immerhin eine seltene Ausnahme bilden.[1]) Die Vermutung ist jedoch nicht unwiderleglich, es muss also der Eigentümer den Nachweis führen, dass der Brief wider seinen Willen in den Besitz des Gläubigers gelangt sei, nicht dagegen braucht der

§ 6.

[1]) Prot. III. S. 646.

Gläubiger beweisen, dass er den Brief mit Willen des Eigentümers erlangt habe. Benützt nun der Gläubiger den Umstand, dass er sich wider Willen des Eigentümers im Besitze des Briefes befindet, dazu, das Grundpfandrecht an einen Dritten abzutreten, so erlangt dieser die Hypothek, wenn ihm nicht von dem Eigentümer nachgewiesen wird, dass er wusste, dass der frühere Gläubiger sich ohne Willen des Gläubigers im Besitze des Briefes befand. Ist der Gläubiger wider Willen des Eigentümers im Besitze des Briefes, und der Eigentümer klagt gemäss § 861 des B. G. B. auf Wiedereinräumung des Besitzes,[2]) indem er nachweist, dass der Gläubiger wider seinen (des Eigentümers) Willen den Besitz des Briefes erlangt habe, so nützt es dem Gläubiger nicht, wenn er nachweist, dass er ein Recht zum Besitze habe, da ihm ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe des Briefes zustehe. Denn eine solche Einrede ist nach § 863 des B. G. B. nicht zulässig.[3]) Wohl aber wird man dem Gläubiger das Recht einräumen müssen, im Wege der Widerklage den Eigentümer zu der zur Einigung § 929 Abs. 2 des B. G. B. erforderlichen Erklärung verurteilen zu lassen. Ist das Urteil rechtskräftig geworden, so gilt die Erklärung als abgegeben § 894 der Z. P. O. Der Gläubiger hat damit das Grundpfandrecht erlangt.[4])

Der Uebergabe des Briefes kommt gleich die **Vereinbarung, dass der Gläubiger berechtigt sein soll, sich vom Grundbuchamte den Brief aushändigen zu lassen** § 1117 Abs. 2 des B. G. B. Denn damit erlangt der Gläubiger mit dem Willen des Eigentümers den, wenn auch nur mittelbaren, Besitz am Briefe § 931 des B. G. B.[5]) Vorausgesetzt ist natürlich, dass der Brief bereits hergestellt ist; denn an einer Sache, die noch nicht existiert kann man keinen Besitz haben. Folglich erwirbt der Gläubiger bei einer Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 des B. G. B. die Hypothek erst mit dem Augenblicke, in dem das Grundbuchamt den Hypothekenbrief gefertigt hat; denn nun erst hat der

[2]) Nicht aber, wie Planck S. 466 meint, auf Herausgabe des Briefes mittels der *rei vindicatio,* sonst § 986 des B. G. B.

[3]) Biermann S. 130.

[4]) Planck a. a. O.

[5]) Dennler Bl. f. R. A. LXVII. S. 154, Biermann S. 309, O. L. G. Breslau Seuff. A. LVII. S. 140.

Gläubiger den (mittelbaren) Besitz am Briefe erlangt.[6]) Eine bestimmte Form für die Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 ist nach dem materiellen Rechte nicht vorgeschrieben, wohl aber nach dem formellen Grundbuchrechte § 29 der Gr. B. O.; ist diese Form nicht eingehalten, so hat der Gläubiger dessen ungeachtet die Hypothek erworben, trotzdem muss das Grundbuchamt den Brief an den Eigentümer aushändigen, der Gläubiger hat dann die Eigentumsklage § 952, 2 des B. G. B.

Mit dem mit Willen des Eigentümers erfolgten Uebergange des Besitzes am Briefe auf den Gläubiger hat dieser die Hypothek und damit das Eigentum am Briefe erworben § 952 Abs. 2 des B. G. B. Hat er den unmittelbaren Besitz am Briefe nicht, so kann er, wenn über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet wird, als Aussonderungsberechtigter hinsichtlich des Briefes und als Absonderungsberechtigter hinsichtlich der Forderung auftreten, während sonst die Klage des Gläubigers auf Herausgabe des Briefes nur eine persönliche ist und nicht gegen die Konkursmasse wirkt, soferne nicht durch Vormerkung der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe des Briefes gesichert ist §§ 43 ff., 47 ff., der K. O.[7])

III. Solange also der **Brief** vom Eigentümer an den Gläubiger **noch nicht übergeben ist, und eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 nicht getroffen** ist, ist die Hypothek Eigentümerhypothek. Allein der Eigentümer hat nicht alle Rechte, wie in den sonstigen Fällen des Eigentümerpfandrechtes; denn seine Rechte stehen ihm nur bis zum Eintritte eines ungewissen, zukünftigen Ereignisses, der Uebergabe des Briefes, zu. Sein Recht wurde durch den Zusatz „bis zur Uebergabe" als ein zeitlich begrenztes und beschränktes gekennzeichnet; es trägt den Keim der Auflösung in sich; es hat mithin den Charakter eines kraft Gesetzes auflösend bedingten Rechtes §§ 158, 163 des B. G. B.[8]) Daraus folgt, dass der Eigentümer, solange ihm die Hypothek zusteht, nur soweit darüber verfügen darf, als die Verfügungen nicht den Erwerb für den ein-

[6]) Uebereinstimmend O. L. G. Breslau a. a. O. gegen Planck und Biermann zu § 1117 Abs. 2, Mot. III. S. 729.

[7]) Oberneck S. 500, Turnau-Förster S. 615, Fuchs S. 403, Plank und Biermann a. a. O.

[8]) Bendix Bl. f. R. A. LXVII. S. 538.

getragenen Gläubiger vereiteln, oder beeinträchtigen würden. Der Eigentümer kann also z. B. in dem Falle, wenn die Hypothek für eine aufschiebende bedingte Forderung bestellt ist, über die Hypothek für den Fall, dass die Bedingung nicht eintritt, verfügen. Die Verfügung ist dann selbst unter der auflösenden Bedingung, dass die erstere Bedingung eintritt, getroffen. Tritt diese erstere Bedingung ein, so ist damit auch die zweite (auflösende) Bedingung eingetreten; die Hypothek des Dritten fällt *ipso iure* an den Eigentümer zurück § 158 Abs. 2 des B. G. B. Dieser verschafft die Hypothek dem Gläubiger am besten durch Abtretung des Anspruches auf Herausgabe des Briefes §§ 1117 Abs. 1 S. 1, 931 des B. G. B. Trifft der Eigentümer jedoch weitere Verfügungen, so sind diese unwirksam § 161 Abs. 2 des B. G. B. Nun heisst es zwar in Abs. 3: Die Vorschriften zu gunsten derer, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung. Die entsprechende Vorschrift ist enthalten in § 892 Abs. 1 S. 2 des B. G. B. „Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuche eingetragenes Recht zu gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuche ersichtlich, oder dem Erwerber bekannt ist." Allein diese Bestimmung findet hier keine Anwendung, denn im § 892 handelt es sich um einen grundbuchmässigen Erwerb, also um einen Erwerb, der sich aufbauend auf der Richtigkeit des Grundbuches und vermittelt durch das Grundbuch vollzieht, während sich in unserem Falle der Erwerb ausserhalb des Grundbuches und im Widerspruche mit dem Inhalte des Grundbuches vollzieht. Hat also der Eigentümer, nachdem ihm der Brief vom Grundbuchamte ausgehändigt worden ist, die ihm zustehende Eigentümerhypothek mittels Uebergabe des Briefes und schriftlicher Abtretungserklärung [9]) an einen Dritten cediert, so erwirbt dieser die Hypothek nur dann, wenn die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist, mag nun die Feststellung der Nichtexistenz der Forderung vor, oder nach der Abtretung der Hypothek an den Dritten getroffen sein; denn in diesem Falle treffen die Vorschriften des § 161 des B. G. B. überhaupt nicht zu; ist aber der Eigentümer

[9]) einer Eintragung in das Grundbuch steht der § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. entgegen.

auf grund des zu grunde liegenden Rechtsgeschäftes zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger verpflichtet, so ist nach dem soeben Ausgeführten die inzwischen erfolgte Weiterbegebung des Hypothekenbriefes an einen Dritten ohne Wirkung; der Dritte erwirbt die Hypothek nicht. Dem entspricht auch die Bestimmung des § 1155 des B. G. B. Der Dritte befindet sich zwar im Besitze des Briefes und der Abtretungserklärung eines Gläubigers (Eigentümers), allein es fehlt der Zusammenhang mit dem ersten (eingetragenen) Gläubiger. In der Kette fehlt ein Glied, der Uebergang der Hypothek vom eingetragenen Gläubiger auf den Eigentümer. Es greift also die Vermutung des § 891 des B. G. B. für den Dritten nicht Platz; will er von seiner Hypothek Gebrauch machen, so braucht nicht der andere nachzuweisen, dass der Besitzer des Briefes nicht Gläubiger ist, sondern dieser muss nachweisen, dass er Gläubiger ist, muss also die Befähigung seines Rechtsvorgängers zur Uebertragung der Hypothek nachweisen; dies ist ihm aber unmöglich. Ueberträgt der Dritte die Hypothek an einen weiteren Dritten, der von der Verfügungsbeschränkung des Eigentümers nichts weiss, so erwirbt auch dieser die Hypothek nicht; denn für ihn gilt der Besitzer des Briefes nicht als Gläubiger §§ 1155, 892 des B. G. B. Er erwirbt die Hypothek nur dann, wenn sein Rechtsvorgänger wirklicher Gläubiger war, muss also dies beweisen.

Hat somit der Dritte die Hypothek nicht erworben, ist also der Eigentümer Eigentümerhypothekar geblieben, so fällt es auch dem **eingetragenen Gläubiger** nicht schwer, sich die **Hypothek zu verschaffen.** Der Eigentümer ist infolge des zu grunde liegenden Rechtsgeschäftes verpflichtet, den Besitz an dem Hypothekenbriefe auf den Gläubiger zu übertragen. Nun ist ein Dritter im Besitze des Briefes; es klagt daher der Gläubiger gegen den Eigentümer auf Abtretung des Anspruches auf Herausgabe des Briefes. Ist das Urteil, durch welches der Eigentümer zur Abgabe dieser Abtretungserklärung verurteilt ist, rechtskräftig geworden, so gilt diese als abgegeben gemäss § 894 der Z. P. O. Damit hat aber der Gläubiger das Eigentum und damit den mittelbaren Besitz am Briefe erlangt gemäss §§ 931 des B. G. B., er ist damit Hypothekengläubiger geworden; nunmehr kann er direkt vom Dritten die Herausgabe des Briefes verlangen; Gefahr für den Gläubiger besteht nicht, da der Inhaber des Briefes nicht Hypotheken-

gläubiger ist, und ein öffentlicher Glaube nicht stattfindet; auf jeden Fall könnte sich aber der Gläubiger durch Eintragung einer Vormerkung sichern. Einen anderen Weg zu dem Erwerbe der Hypothek für den Gläubiger schlägt Bendix a. a. O. vor. Er meint: Darin, dass der Eigentümer in der Absicht, den Uebergang der Hypothek auf den Gläubiger zu verhindern, den Brief vernichte, oder die Hypothek auf einen anderen übertrage, läge ein Handeln „wider Treu und Glauben" im Sinne des § 162 des B. G. B. Es gelte also die Bedingung als eingetreten, d. i. der Uebergang des Besitzes an dem Briefe als erfolgt; damit habe aber der Gläubiger die Hypothek und das Eigentum am Briefe erlangt. Allein diese Ansicht dürfte höchst bedenklich sein und sich in keiner Weise mit dem formalistisch gestalteten Grundbuchrechte in Einklang bringen lassen.

Die hier vertretene Ansicht, dass der dritte Erwerber die Hypothek nicht erwirbt,[10]) entspricht auch einzig und allein der Billigkeit. Kennt der Dritte die wirkliche Rechtlage, weiss er also, dass der Eigentümer den Gläubiger infolge des zu grunde liegenden Rechtsgeschäftes den Hypothekenbrief ausantworten muss, so handelt er in der Absicht, den Eigentümer zu benachteiligen, und es ist recht und billig, dass er dafür Nachteil erleidet. Kennt der Dritte die wirkliche Rechtslage dagegen nicht, so lässt sich seine Handlungsweise auch nicht entschuldigen. Denn sowohl aus dem Grundbuche, als auch aus dem Inhalte des Hypothekenbriefes ergibt sich die Vermutung, dass nicht dem Eigentümer, sondern dem eingetragenen Gläubiger die Hypothek zustehe § 891 des B. G. B. Pflicht des Dritten wäre es also, sich von dem Eigentümer den Nachweis erbringen zu lassen, dass in diesem Falle die Vermutung nicht Platz greift, also sich beweisen zu lassen, dass der Eigentümer, trotzdem Grundbuch und Brief einen anderen Gläubiger bezeichnen, berechtigt ist, über die Hypothek zu verfügen, sei es, dass die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, oder bereits wieder erloschen ist. Tut er es nicht, so lässt er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht. Ihn trifft also ebenfalls ein Verschulden, wenn auch nicht Vorsatz, so doch Fahrlässigkeit, und er muss dafür büssen.

[10]) Ebenso Bendix a. a. O. und Lange S. 43; a. M. Planck S. 467.

IV. Gemäss § 1192 Abs. 1 des B. G. B. gilt § 1163 Abs. 2 des B. G. B. auch für die Grundschuld und Rentenschuld. Es findet also das hier Gesagte entsprechende Anwendung.

B. Entstehung des Eigentümerpfandrechtes durch Uebergang des Grundpfandrechtes von dem Gläubiger auf den Eigentümer.

§ 7.

Das Eigentümerpfandrecht im Falle des Erlöschens der Forderung.

Das Erlöschen der Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, hat zur Voraussetzung, dass die Forderung rechtsgültig zur Entstehung gelangt ist; ist dies aus irgend einem Grunde nicht der Fall, so „erwirbt" der Eigentümer nicht erst die Hypothek, sodern diese „stand" ihm schon von Anfang an zu.

I. Die **Gründe des Erlöschens** einer Forderung bestimmen sich nach dem Obligationenrechte und können der mannigfachsten Natur sein. Wir können sie in drei grosse Gruppen einteilen und zwar in Gründe, die in der **Person des Eigentümers** liegen, in solche, die in der Person eines **vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners** und endlich in solche, die in der Person eines **Dritten** liegen, der weder Eigentümer noch persönlicher Schuldner ist.

A. Fassen wir zunächst die **erste** Gruppe ins Auge, so ist hier vorausgesetzt, dass der **Eigentümer zugleich auch persönlicher Schuldner** ist, denn sonst trifft nicht § 1163, sondern § 1143 zu (s. u.). Als Erlöschungsgründe kommen in Betracht: Erfüllung (§ 162 Abs. 1 des B. G. B.), Annahme an Erfüllungsstatt (§ 364 des B. G. B.), Hinterlegung (§§ 372, 378 des B. G. B.), Aufrechnung (§ 378 des B. G. B.). In letzterem Falle greift aber die besondere Bestimmung Platz, dass die beiderseitigen Forderungen nicht mit dem Augenblicke der vollzogenen **Aufrechnung** erlöschen, sondern schon in dem Zeitpunkte als erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind

§ 389 B. G. B. Rechnet also z. B. der Verkäufer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes, der persönlicher Schuldner geblieben ist, gegen die Forderung des Gläubigers mit einer Forderung auf, und waren die beiderseitigen Forderungen schon zu der Zeit aufrechnungsfähig, als der persönliche Schuldner noch Eigentümer war, so gilt die Forderung des Gläubigers als zu jenem Zeitpunkte erloschen. Es war also bereits in jenem Zeitpunkte die Eigentümerhypothek des Verkäufers entstanden, und diese war beim Verkaufe des Grundstückes beim Verkäufer als Grundschuld verblieben. Der Verkäufer hat nunmehr gegen den Hypothekengläubiger einen Berichtigungsanspruch auf Bewilligung zur Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf seinen Namen §§ 894, 1177 Abs. 1 des B. G. B. War nun aber der **Verkäufer** auf grund des Kaufvertrages dem Käufer gegenüber **zur Zahlung der Geldsumme verpflichtet,** so ist der Verkäufer um die Grundschuld auf Kosten des Käufers ungerechtfertigt bereichert und ist also verpflichtet, die Grundschuld auf den Eigentümer zu übertragen, § 812 des B. G. B, bezw. kann der Käufer infolge der ihm zustehenden Einrede des § 821 des B. G. B. verlangen, dass der Verkäufer auf die Grundschuld verzichtet § 1169 des B. G. B., und mit dem Verzichte und dessen Eintragung erwirbt er dann die Grundschuld § 1168 des B. G. B. Ist der Verkäufer noch nicht im Grundbuche eingetragen, so kann der Eigentümer auf grund des § 812 des B. G. B. verlangen, dass der Verkäufer ihm den Berichtigungsanspruch überträgt; auf grund der erfolgten Willenserklärung, oder des dieselbe ersetzenden rechtskräftigen Urteiles § 894 der Z. P. O. kann **er** gegen den Gläubiger auf Zustimmung zur Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen klagen.[1])

Weitere Erlöschungsgründe sind **Eintritt einer auflösenden Bedingung und eines Endtermines** §§ 158, 2; 163 des B. G. B. Ist aber die Hypothek selbst unter einer auflösenden Bedingung bestellt, so entsteht keine Eigentümerhypothek, sondern der dingliche Bestellungsakt kommt in Wegfall, die Hypothek muss gelöscht werden. Wie die auflösende Bedingung und der Eintritt eines Endtermines wirkt der Rücktritt vom Vertrag, falls von seiten des Eigentümers eine Leistung noch nicht gemacht ist

§ 7.

[1]) R. G. Gruch. Beitr. XLV. S. 945, Gaupp-Stein zu § 851.

§ 346 des B. G. B. Dem Rücktritte vom Vertrage steht gleich die Wandelung § 467 des B. G. B. Dieselbe geschieht aber nicht durch einseitige Willenserklärung, sondern durch Vertrag, der Gläubiger muss seine Einwilligung zur Wandelung geben, die Einwilligung wird nötigenfalls durch rechtskräftiges Urteil ersetzt § 894 der Z. P. O. Zu erwähnen sind noch als Erlöschungsgründe der Erlass § 397 des B. G. B., der sich ebenfalls als Vertrag darstellt, und die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Gläubigers oder Schuldners (von letzterer später im § 12 mehr).

In allen diesen Fällen ist vorausgesetzt, dass der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist; wesentlich anders gestaltet sich aber die Sache, wenn **Eigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen** sind. Dies ist einmal der Fall, wenn bei Veräusserung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes der frühere Eigentümer persönlicher Schuldner geblieben ist, sei es, dass der Käufer die Schuld nicht mit übernommen hat, sondern der Verkäufer sich verpflichtet hat, die Hypothek zur Löschung zu bringen § 414 des B. G. B.; sei es, dass der Käufer die Schuld mit übernommen hat, dies aber von seiten des Gläubigers nicht genehmigt worden war § 416 des B. G. B.; andererseits ist dies der Fall, wenn jemand sich für die Verbindlichkeit eines Dritten verbürgt hat, und für die Bürgschaftsschuld eine Hypothek bestellt ist. Zahlt hier der Eigentümer, so tritt nicht ein Erlöschen der Forderung ein, sondern kraft Gesetzes geht hier die Forderung § 1143 des B. G. B., und mit ihr die Hypothek auf den Eigentümer über §§ 412, 401, 1153. Wir haben es hier also nicht mit einer Eigentümerhypothek zu tun, sondern es liegt hier ein Fall der „Hypothek des Eigentümers" vor. Zur Befriedigung des Gläubigers, die auch in Form der Hingabe an Erfüllungsstatt vor sich gehen kann, ist der Eigentümer befugt, wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist § 1142 Abs. 1 des B. G. B. Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen § 1142 Abs. 2 des B. G. B. Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nicht zum vollen Betrage der Forderung, so verbleibt natürlich dem Gläubiger hinsichtlich des Restbetrages die Hypothek, diese erhält aber den Vorrang vor der Hypothek des Eigentümers § 774 Abs. 1 S. 2 des B. G. B.

Ist **neben dem persönlichen Schuldner auch noch der Eigentümer persönlicher Schuldner**, so erlangt der Eigentümer durch Befriedigung des Gläubigers an seinem Grundstücke teils eine Eigentümerhypothek, teils eine Hypothek des Eigentümers. Ein Beispiel wird dies näher beleuchten: A und B sind Gesamtschuldner des X, also im internen Verhältnis im Zweifel zu gleichen Anteilen verpflichtet (Ausnahme s. weiter unten). A hat sein Grundstück für die ganze Forderung verpfändet. Befriedigt nun A den X, so erlischt nun hinsichtlich seiner Hälfte die Forderung § 362 B. G. B., hinsichtlich der anderen Hälfte geht die Forderung des X auf ihn über § 426 Abs. 2 des B. G. B. und damit die Hypothek des X §§ 401, 412, 1153. Der Eigentümer hat also hinsichtlich der einen Hälfte der Forderung an seinem Grundstücke eine „Eigentümerhypothek" § 1163 S. 2., hinsichtlich der anderen eine „Hypothek des Eigentümers". Ist aber bei Gesamtschuldverhältnissen im internen Verhältnis der Eigentümer allein persönlicher Schuldner, so gilt im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer nicht § 1143, sondern § 1163 Abs. 1 S. 1, die Forderung erlischt, die beiden Gesamtschuldner werden frei, es entsteht eine Eigentümerhypothek. Fälle dieser Art sind einmal, wenn der Eigentümer für eine Forderung des Gläubigers sein Grundstück verpfändet, und ausserdem ein Dritter die Bürgschaft übernommen hat, ferner wenn im Falle des § 1833 Abs. 2 S. 2 des B. G. B. der Vormund, in den Fällen der §§ 831, 832 der B. G. B. der Beaufsichtigte, im Falle des § 829 des B. G. B. der Aufsichtspflichtige ihr Grundstück verpfändet haben § 840 Abs. 2 des B. G. B.

An § 1143 knüpft sich nun die Streitfrage, ob in dem Falle, dass zwar ein **Dritter persönlicher Schuldner** ist, der **Eigentümer** dagegen im internen Verhältnis dem Dritten gegenüber **verpflichtet ist, den Gläubiger zu befriedigen**, bei Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer eine Eigentümerhypothek, oder eine Hypothek des Eigentümers entsteht. Kindel S. 95 ist der Ansicht, dass der Eigentümer im Falle des § 1143 einen Regressanspruch gegen den persönlichen Schuldner erhält. Ist man dieser Ansicht, so muss man die Streitfrage im Sinne der Eigentümerhypothek entscheiden; denn wenn der Eigentümer im internen Verhältnis dem persönlichen Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, so kann man nun und nimmermehr von einem Regressanspruche des Eigentümers gegenüber dem

Dritten reden, es greift also nicht § 1143 Platz, die Forderung erlischt vielmehr, und die Hypothek wird Eigentümerhypothek. Mit der Ansicht Kindels ist aber der Gesetzestext in keiner Weise vereinbar. § 1143 spricht ganz unzweifelhaft davon, dass die Forderung, die bisher dem Gläubiger gegen den persönlichen Schuldner zugestanden hat, nunmehr auf den Eigentümer übergeht. Es wechselt also nicht die Forderung ihren Charakter, sondern sie bleibt unverändert und wechselt nur kraft Gesetzes den **Gläubiger.** Ob im internen Verhältnis der Eigentümer gegenüber dem persönlichen Schuldner einen Regressanspruch hat oder nicht, ist hierbei vollständig belanglos. Es entsteht also unter allen Umständen eine Hypothek des Eigentümers. Allerdings bleibt das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem persönlichen Schuldner bestehen § 774 S. 3 des B. G. B. Es kann also der Eigentümer gegenüber dem persönlichen Schuldner die Forderung nie geltend machen, da letzterer immer den Einwand *(exceptio peremptoria)* entgegensetzen kann, dass der Eigentümer ihm gegenüber verpflichtet ist, den Gläubiger zu befriedigen. Tritt der Eigentümer die Hypothek und damit die Forderung ab, und macht der Cessionar nur die persönliche Forderung geltend, so kann der persönliche Schuldner ebenfalls dem Cessionar den obigen Einwand entgegensetzen § 404 des B. G. B. Denn § 1138 des B. G. B. gilt nach der Mehrzahl der Schriftsteller[2]) nur, soweit die Haftung des Grundstückes in Betracht kommt, d. h. was die Geltendmachung des dinglichen Rechtes anlangt, gilt die Forderung als mit der Einrede nicht behaftet. Das hat zur Folge, dass der Eigentümer die Geltendmachung des dinglichen Rechtes durch den neuen Erwerber der Hypothek die dem persönlichen Schuldner zustehende Einrede nicht entgegensetzen kann § 1137, und folglich auch nicht verlangen kann, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet § 1169 des B. G. B. Bei den Beratungen für die Lesung des II. Entwurfes[3]) wurde der Antrag gestellt, in das Gesetzbuch die Bestimmung aufzunehmen: „Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so erwirbt er mit der Hypothek auch die Forderung, es sei denn, dass er oder ein Rechtsvorgänger dem persönlichen

[2]) S. z. B. Planck zu § 1138.
[3]) Prot. III. S. 607.

Schuldner gegenüber verpflichtet ist, die Schuld zu tragen." Der Antrag wurde damit begründet, dass ein Uebergang der Forderung nur dann gerechtfertigt sei, wenn der Eigentümer ein Rückgriffsrecht gegen den persönlichen Schuldner habe, entsprechend der Vorschrift der §§ 369 Abs. 2 Entw. II (= § 426 Abs. 1 S. 1 des B. G. B.) 713 (= § 774 Abs. 1 S. 1 des B. G. B.), nur müsse hier abweichend von § 369 Abs. 2 die Beweislast umgekehrt, und der Uebergang der Forderung als Regel ausgesprochen werden, da regelmässig der Schuldner die Schuld endgiltig zu tragen habe. Der Antrag wurde abgelehnt. Hierbei ging man von der Erwägung aus, dass es sich nicht empfehle, von der Regel des Ueberganges der Forderung eine Ausnahme zu bestimmen. Der Schuldner müsse doch, wenn der Eigentümer die Forderung gegen ihn geltend mache, das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Ausnahme beweisen; seine Lage werde also der Regelung des Entwurfes gegenüber nicht erleichtert; denn auch nach dem Entwurfe könne er selbstverständlich die persönliche Klage des Eigentümers durch den Nachweis abwehren, dass dieser oder ein Rechtsvorgänger desselben ihm gegenüber zur Tragung der Schuld verpflichtet sei. Der Entwurf verdiene wegen seiner Einfachheit den Vorzug vor dem Antrage.[4])

Das Reichsgericht[5]) hat in ähnlicher Weise entschieden. Es heisst dort: Der Eigentümer haftet, nachdem er die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, dem Verkäufer auf Befreiung von der persönlichen Schuld und kann daher die persönliche Forderung, wenn er diese durch die in seinem Namen und auf seine Rechnung an den Gläubiger geleistete Zahlung erworben hat, gegen den persönlichen Schuldner nicht mit Erfolg geltend machen. Daraus folgt, dass der Eigentümer die Forderung (und damit eben die Hypothek oder mit der Hypothek die Forderung) nur mit der aus seiner Befreiungspflicht sich ergebenden Beschränkung abtreten kann. Dernburg bürg. R. S. 651 meint: Der Uebergang der Forderung benimmt dem persönlichen Schuldner die Einrede aus dem zwischen ihm und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnis nicht gemäss § 774 Abs. 1 S. 3 des B. G. B. Dies ist

[4]) Die hier vertretene Ansicht wird geteilt von Planck S. 511, Bruck S. 224, Staudinger zu § 1143, K. G. Entsch. F. G. V. S. 210 ff.

[5]) Entsch. R. G. XLV. S. 187.

namentlich dann einleuchtend, wenn der Grundeigentümer die Schuld dem persönlichen Schuldner gegenüber übernommen hatte, ohne dass ihn der Gläubiger als Schuldner annahm § 416 des B. G. B. In diesem Falle ist die Eigentümerhypothek eine „forderungsentkleidete". Dernburg redet hier zunächst davon, dass die Forderung auf den Eigentümer übergehe, und der persönliche Schuldner der Geltendmachung derselben nur eine Einrede entgegensetzen könne. Trotzdem gesteht er dem Eigentümer nur eine Eigentümerhypothek zu und nicht eine Hypothek des Eigentümers. Trotzdem also dem persönlichen Schuldner nur eine Einrede gegen die Forderung zusteht, erlischt die Forderung. Dies widerspricht aber dem Wesen der Einrede des B. G. B. Die Ansicht Dernburg's wäre nur zu halten, wenn die durch Einrede entkräftete Forderung in Wirklichkeit keine Forderung wäre.

B. Wir kommen nunmehr zu der **2. Gruppe**, zu den Gründen, die in der **Person eines vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners** liegen. Hieher gehören alle die Erlöschungsgründe, die unter der 1. Gruppe angegeben sind. Beerbt z. B., um nur einen Fall herauszugreifen, der persönliche Schuldner den Gläubiger, oder umgekehrt, so tritt Vereinigung von persönlicher Schuld und Forderung in einer Hand ein, die Forderung erlischt, und der Eigentümer des Grundstückes erwirbt die Hypothek als Eigentümerhypothek. Es erwirbt also in diesem Falle der persönliche Schuldner, trotzdem er den Gläubiger beerbt, nicht die Hypothek, bezw. es behält sie nicht der Gläubiger. Der Eigentümer hat nunmehr gegenüber dem Schuldner bezw. Gläubiger Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung. Dritte schützt der gute Glaube § 892 des B. G. B. Der Dritte erwirbt das Pfandrecht jedoch als Grundschuld, nicht als Hypothek s. o. § 1138 des B. G. B. Aehnlich ist es, wenn der persönliche Schuldner nach Bezahlung der Schuld sich die Hypothek von dem Gläubiger abtreten lässt und dann seinerseits die Hypothek an einen gutgläubigen Dritten abtritt. Die Forderung ist infolge Tilgung der Schuld durch den persönlichen Schuldner erloschen, der Eigentümer hat damit die Hypothek erlangt, trotzdem ist der Dritte Gläubiger geworden, die erloschene persönliche Forderung kann er jedoch nicht geltend machen.

Hier greifen nun Ausnahmen ein nach einer zweifachen Richtung, einmal in den Fällen der sog. *cessio legis* und dann im Falle des § 1164 des B. G. B.

1. **Die Fälle des gesetzlichen Forderungsüberganges** sind:

a) § 426 Abs. 2: soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.

b) § 774 Abs. 1: soweit ein Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über.

Der zu grunde liegende Gedanke ist hier, dass der den Gläubiger befriedigende Dritte hinsichtlich des Teiles der Forderung, der auf ihn übergeht, materiell nicht der persönliche Schuldner ist.

Mit der Forderung geht aber die zu deren Sicherung bestellte Hypothek auf den befriedigenden persönlichen Schuldner über §§ 412, 401, 1153 des B. G. B. Ist die Befriedigung des Gläubigers nur eine teilweise, so verbleibt natürlich dem Gläubiger hinsichtlich des Restes die Hypothek. Diese erhält aber den Vorrang vor der dem persönlichen Schuldner zufallenden Hypothek §§ 426 Abs. 2 S. 2, 774 Abs. 1 S. 2 des B. G. B.

Bemerkenswert ist noch, dass bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers im Falle des § 426 B. G. B. die Hypothek des Gläubigers sich kraft Gesetzes in **drei** Hypotheken zerspaltet z. B. A und B sind Gesamtschuldner des X im gleichen Verhältnis für eine Forderung von 1000 ℳ. A hat für die gesamte Forderung sein Grundstück verpfändet, B zahlt an X 500 ℳ, hinsichtlich 250 ℳ geht die Forderung des X, und damit die diesem Teilbetrage entsprechende Hypothek auf B über § 426 Abs. 1 S. 1 des B. G. B. Hinsichtlich der anderen 250 ℳ ist B materiell auch persönlicher Schuldner, die Forderung erlischt hinsichtlich dieses Betrages, und es erhält hinsichtlich desselben die Hypothek der Eigentümer § 1163 Abs. 1 S. 2, bezüglich der restigen 500 ℳ verbleibt dem Gläubiger die Hypothek, diese hat den Vorrang einmal vor der Hypothek des persönlichen Schuldners nach dem oben Gesagten, andererseits vor der Eigentümerhypothek § 1176 des B. G. B. Die beiden letzteren Hypotheken haben an und für sich Gleichrang; man wird aber doch analog § 1164 des B. G. B., der

die beiden obigen Fälle im grunde genommen mitumfasst, annehmen müssen, dass die dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek den zweiten Rang erhält, und die Eigentümerhypothek erst an dritter Stelle rangiert.

2. Die Fälle der sogenannten „**Hypothek des Schuldners**“ sind folgende:

a) Wenn bei Veräusserung eines mit einer Hypothek für eine Schuld des Veräusserers belasteten Grundstückes die Uebernahme der Schuld durch den Erwerber vereinbart worden war, die persönliche Haftung jedoch fortbesteht, weil die Schuldübernahme nicht zustande gekommen ist, sei es, dass eine Mitteilung derselben an den Gläubiger überhaupt nicht erfolgt ist, sei es, dass die Uebernahme von seiten des Gläubigers nicht genehmigt wurde § 416 des B. G. B.

Als zwei weitere Fälle führt Planck zu § 1164 an:

b) Wenn die Hypothek für die Bürgschaftsschuld bestellt ist, der Bürge daher der persönliche Schuldner der Hypothekforderung, und der Eigentümer der Hauptschuldner ist; gemeint ist damit, dass der Eigentümer für die dem Gläubiger gegen den Bürgen zustehende Forderung sein Grundstück verpfändet, und der Bürge den Gläubiger befriedigt. Dieser Fall wird wohl nie vorkommen. Denn wenn der Hauptschuldner einmal sein Grundstück verpfändet, dann verpfändet er für seine Schuld und nicht für die Schuld des Bürgen. Dann trifft § 774 zu.

c) Wenn der Erbe die auf einem vermachten Grundstücke lastende Hypothekforderung tilgt, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als sie durch den Grundstückswert gedeckt ist, und daher nach der Auslegungsregel des § 2166 B. G. B. der Vermächtnisnehmer zur Befriedigung des Gläubigers den Erben gegenüber verpflichtet ist.

In allen diesen Fällen ist Voraussetzung Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner; der Befriedigung steht kraft positiver Bestimmung gleich, wenn Forderung und Schuld sich in einer Person vereinigen. Die ausdrückliche Betonung des Umstandes, dass eine Befriedigung auch durch *confusio*

eintreten könne, sowie eine Gegenüberstellung der §§ 1142 und 268 des B. G. B. mit § 1164 des B. G. B. lassen leicht den Anschein erwecken, als ob eine Befriedigung nicht auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung seitens des persönlichen Schuldners eintreten könnte. Allein wenn in den §§ 1142, 268 ausdrücklich bestimmt ist, dass eine Befriedigung auch durch Hinterlegung, bezw. Aufrechnung erfolgen kann, so hat dies seinen Grund darin, dass nach den allgemeinen Vorschriften des Obligationsrechtes eine ausserhalb des persönlichen Schuldverhältnisses stehende Person das Schuldverhältnis nur durch **Bewirkung der Leistung** zum Erlöschen bringen kann § 267 des B. G. B., zur Hinterlegung oder Aufrechnung im allgemeinen **nur** der **persönliche Schuldner** berechtigt ist. Es bedurfte also in den oben erwähnten Fällen einer ausdrücklichen Zulassung der Hinterlegung oder Aufrechnung seitens einer **dritten** Person. Eine Befriedigung im Sinne des § 1164 ist also dann gegeben, wenn eine **Handlung** des persönlichen Schuldners vorliegt, durch die gemäss §§ 362 ff.[6]) des B. G. B. das Schuldverhältnis erlischt. Es musste also auch die ausdrückliche Bestimmung getroffen werden, dass Befriedigung auch durch *confusio* eintreten könne.

Die Wirkung der Befriedigung ist Uebergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner, von der Forderung ist nichts erwähnt. Bei den Beratungen der Kommission[7]) wurde zunächst der Antrag gestellt, in das B. G. B. die Bestimmung aufzunehmen: ‚Geht die Hypothek nach § 1093 e § 1164 auf den ersatzberechtigten Schuldner über, so verwandelt sie sich in eine Sicherungshypothek für die Ersatzforderung.“ Der Antrag wurde damit begründet, dass die Hypothek nicht mehr dazu dienen könne, die Erfüllung der Verbindlichkeit des persönlichen Schuldners sicherzustellen, weil die Forderung gegen ihn endgiltig erloschen sei; aber die Hypothek erhalte mit dem Uebergange auf den persönlichen Schuldner den Zweck, dessen Ersatzforderung sicherzustellen, sie verbinde sich kraft Gesetzes mit der Ersatzforderung. Die Hypothek für die Ersatzforderung solle, weil sie lediglich den Zweck der Sicherstellung habe und nicht zum Verkehr bestimmt

[6]) Mit Ausnahme des Erlasses § 397 des B. G. B.

[7]) Prot. III S. 727/8.

sei, Sicherungshypothek werden. Demgegenüber wurde der Antrag gestellt, die Hypothek solle sich in eine Grundschuld verwandeln, wenn die Hypothek ohne die Forderung auf den persönlichen Schuldner übergehe, entsprechend den Fällen, in denen die Hypothek infolge Fehlens der persönlichen Forderung sich in eine Grundschuld verwandle. Von einer dritten Seite wurde angeregt, die Hypothek bestehen zu lassen trotz Erlöschens der Forderung. Sämtliche Anträge wurden abgelehnt mit der Begründung: Der Vorschlag, dem Schuldner nur eine Sicherungshypothek zu gewähren, sei unannehmbar, weil ihm in der Regel damit nicht gedient sei; dem Schuldner dagegen eine Grundschuld zuzubilligen, ginge auf jeden Fall zu weit. Am richtigsten bleibe es, wenn man es bei den allgemeinen Grundsätzen belasse; aus diesen ergebe es sich, dass der Ersatzberechtigte die Hypothek, so wie sie bisher bestanden habe, erwerbe; ob bei dieser Auffassung der Fortbestand der durch die Befriedigung des Gläubigers getilgten Forderung zu fingieren sei, könne der juristischen Konstruktion überlassen bleiben.

Infolge der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner ist die Forderung des Gläubigers gegen denselben erloschen, und ein Uebergang derselben auf den Schuldner analog den §§ 426, 774 des B. G. G. nicht erfolgt. Die Annahme der Fiktion des Fortbestandes der Forderung entsprechend § 1138 liegt nahe, ist aber nicht nötig. Denn infolge der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner erlangt dieser gegen den Eigentümer eine Forderung. Es würde neben der fingierten Forderung des Schuldners gegen den Eigentümer eine wirklich bestehende Forderung, die Ersatzforderung nebenherlaufen. Was ist da natürlicher, als die Hypothek mit dieser Forderung zu verbinden und zu deren Sicherung dienen zu lassen? Es ist eben damit ein gesetzlicher Fall des § 1180 des B. G. B. geschaffen.[8])

Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten (z. B. wenn der Erwerber einen Teil der durch die Hypothek gesicherten

[8]) Uebereinstimmend Planck S. 558, Achilles-Strecker S. 80, Müller-Meikel S. 891, Kindel S. 99, Biermann S. 224, Böhm S. 243, Siber S. 247. Turnau-Förster S. 753 lässt den ersatzberechtigten Schuldner die Hypothek erwerben, sowie sie jetzt besteht, also ohne Forderung. Fuchs S. 531 lässt ihn die Forderung mitwerben.

Forderung dem Veräusserer abbezahlt hat), so entstehen zwei Pfandrechte; einmal hinsichtlich des Teiles, bezüglich dessen der Schuldner Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek als Hypothek für die Ersatzforderung auf den persönlichen Schuldner über, wird also Hypothek des Schuldners, hinsichtlich des übrigen Teiles der Forderung wird die Hypothek nach § 1163 Abs. 1 S. 2 Eigentümerhypothek: an und für sich hätten diese beiden Hypotheken gleichen Rang, kraft positiver Bestimmung erhält aber die Hypothek des Schuldners den Rang vor der Eigentümerhypothek § 1164 Abs. 1 S. 2.

Befriedigt der Schuldner den Gläubiger nur teilweise, so erhält die dem Gläubiger verbleibende Hypothek den Rang vor der Hypothek des Schuldners § 1176 des B. G. B. Trifft hier ausserdem noch der Fall zu, dass dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten ist, so ist es möglich, dass durch eine einmalige Zahlung drei Pfandrechte entstehen; dies ist dann der Fall, wenn der persönliche Schuldner eine grössere Summe entrichtet, als er vom Eigentümer Ersatz verlangen kann. Ein Grundstück repräsentiert z. B. einen Wert von 50000 ℳ, es lastet darauf eine Hypothek von 5000 ℳ des X. A verkauft das Grundstück an B um den Wert von 47000 ℳ. A zahlt nunmehr an X den Betrag von 4000 ℳ, dem X verbleibt die Hypothek in Höhe von 1000 ℳ, hinsichtlich der 3000 ℳ kann A Ersatz verlangen von B, also Hypothek des Schuldners, hinsichtlich 1000 ℳ ist A auch materiell persönlicher Schuldner, also erlischt hinsichtlich dieses Betrages die Forderung, also Eigentümerhypothek; Rangfolge: Hypothek des Gläubigers 1000 ℳ Hypothek des Schuldners A 3000 ℳ — Eigentümerhypothek des B 1000 ℳ. Es ist also hier nicht ganz so, wie oben bei Gesamtschuldverhältnissen.

C. Zu betrachten sind endlich die **Gründe, die in der Person eines Dritten liegen.** Voraussetzung ist hier, dass der Dritte in keinem rechtlichen Verhältnis zum Eigentümer z. B. als Vertreter desselben u. s. w. steht. Gemäss § 267 des B. G. B. kann, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, auch ein Dritter die Leistung bewirken. Der Gläubiger muss, wenn nicht der Schuldner widerspricht, bei Vermeidung des Annahmeverzuges die Leistung annehmen § 293 des B. G. B. Nimmt er die geschuldete

oder eine an Erfüllungsstatt angebotene Leistung an, so erlischt die Forderung §§ 362. 364. Die Hypothek wird Eigentümerhypothek. Liegen die Fälle vor, in denen Eigentümer und persönlicher Schuldner zweierlei Personen sind, so wird auch der persönliche Schuldner frei. Im Falle des § 416 erlischt auch noch die persönliche Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Verkäufer. Hier greift nun die Ausnahme des § 268 des B. G. B. ein: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in ein dem Schuldner gehöriges Grundstück, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung einRecht an dem Grundstücke zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren." Der Unterschied zwischen dem Falle des § 267 besteht darin, dass hier der Eigentümer nicht widersprechen kann, und dass die Befriedigung auch durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen kann. Die Folge ist, dass die Forderung und damit die Hypothek auf den befriedigenden Dritten übergeht §§ 261 Abs 3, 412, 401, 1153 des B. G. B. Bei nur teilweiser Befriedigung erhält die Hypothek des Gläubigers den Vorrang vor dieser **„Hypothek des Dritten".**

II. Nach diesen allgemeinen Erörterungen über die Entstehung der Eigentümerhypothek sind einige besonders geartete Eigentümerhypotheken zu betrachten, zunächst die Eigentümerhypothek bei **Amortisationsdarlehen.** Diese sind Darlehen, bei denen die Tilgung des Kapitals durch Zuschläge zu den von ihrem Kapital berechneten Zinsen in der Weise erfolgt, dass bis zur völligen Tilgung des Darlehens diese Zinszuschläge vom ganzen Kapital zu zahlen sind. Die Entscheidung der Frage, ob bei Amortisationsdarlehen eine Eigentümerhypothek überhaupt entstehen kann, hängt von der Vorfrage ab, ob jene Zinszuschläge den Charakter von Hauptleistungen haben, oder ob sie Nebenleistungen im Sinne des § 1115 des B. G. B. sind. Ersterenfalls wird die Hypothek zu dem getilgten Betrage Eigentümerhypothek, und es genügt eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bei der Eintragung, letzterenfalls würde die Hypothek hinsichtlich der gezahlten Beträge erlöschen § 1178 B. G. B., und die Zinszuschläge müssten analog den Zinsen selbst nach § 1115 des B. G. B. mit ihrem Geldbetrage in das Grundbuch eingetragen

werden. Es handelt sich also um eine Auslegung des § 1115. Dieser enthält eine Beschränkung des in § 874 des B. G. B. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes, dass zur näheren Bezeichnung des Inhaltes eines Rechtes bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann. Bei der Eintragung einer Hypothek muss der Geldbetrag der Forderung, der Zinssatz und der Geldbetrag anderer Nebenleistungen im Grundbuche angegeben werden. Es ist hier ohne weiteres klar, dass hier die anderen Nebenleistungen ebenso wie die Zinsen in Gegensatz zum Kapital (Hauptleistung) gestellt werden. Nicht minder klar ist der Zweck der Vorschrift. Der Umfang der Belastung soll sich aus dem Grundbuche selbst ergeben, Zinsen, Vertragsstrafen, Provisionen u. s. w. erhöhen den Betrag der Forderung, müssen also eingetragen werden. Bestimmungen über Zahlungsbedingungen berühren den Umfang der Forderung nicht, sondern bestimmen nur ihren Inhalt. Bestimmungen über Tilgung eines Kapitals durch Zuschläge zu den Zinsen sind aber Rückzahlungsbedingungen. Diese Zuschläge sind nicht **neben** dem Kapital, sondern als Kapitals**teile** zu dessen allmähliger Tilgung zu entrichten; es haben somit die Zinszuschläge den Charakter von Kapitalsleistungen; damit ist die Entstehung der Eigentümerhypothek bei Amortisationsdarlehen gewährleistet.[9])

Bonschab Bl. f. R. A. LXVII. Nr. 26 sagt S. 461/2: „Die rechnerische Behandlung der jährlichen Zins- und Annuitätsleistungen erfolgt in der Weise, dass neben dem bedungenen Jahreszinse für die ursprüngliche Darlehenssumme ein Zinsbeischlag von in der Regel mindestens $^1/_2$% der ursprünglichen Darlehenssumme erhoben wird. Der Zins wird jedoch aus dem jeweiligen Restkapital berechnet; da dieses Kapital jedes Jahr abnimmt, werden auch die Zinsen jedes Jahr geringer und zwar um den Betrag, den die Zinsen des im letzten Jahre zurückbezahlten ausmachen. Nun ist aber die Annuität stets gleich bleibend, dies rührt daher, dass zur Tilgungsquote der Betrag hinzugeschlagen wird, der

[9]) Entsch. R. G. L. S. 150/2, LIV. S. 91/2, und die S. 91 angegebene angegebene Literatur, Bayr. Ob. L. G. III. S. 640, O. L. G. Posen Rspr. IV. S. 648, K. G. Rspr. V. S. 256. Kretschmar D. J. Z. 1903 S. 331 ff., Perls Iher. J. XLV. S. 236, Bruck S. 240, Eccius Gruch. Beitr. XLV. S. 453, Oberneck ebd. a. a. O. S. 334, Müller-Meickel S. 899; a. M. O. L. G. Kolmar Els. Lothr. Not. Z. 1901 S. 51, Bayr. Not. Z. 1901 S. 57.

der Abnahme der jährlichen Zinsen gegenüber dem ursprünglichen Kapital gleichkommt, d. i. das zurückzuzahlende Kapital wächst jedes Jahr um seine Zinsen. Die als Zuschlag zu den Zinsen behufs allmählicher Kapitalstilgung zu entrichtenden Beträge enthalten zwar eine Hauptleistung insoferne, als dieselben stets einen prozentualen Teilbetrag aus dem urprünglichen Darlehen rechnerisch bilden. Dieser Teilbetrag wird aber im Verhältnis geringer und der Zuschlag, der aus der Zinsenersparung zur Tilgungsquote hinzugeschlagen wird, grösser, je länger die Kapitalsleistung dauert, so dass die Zinszuschläge eine stärkere Kapitalsabtragung bewirken, als die eigentliche Tilgungsquote. Die Hauptleistung — die eigentliche Tilgungsquote — bildet somit das Minus gegenüber der Nebenleistung, dem Zinszuschlage. Diese rechnerisch begründete Komplikation führt, da der Charakter der Tilgungszuschläge prävaliert, zur Behauptung, dass die Tilgungszuschläge ausnahmelos und allgemein als Nebenleistungen im Sinne der §§ 1115 und 1178 des B. G. B. zu behandeln sind.“ – Diese Komplikation ist rechnerisch vollständig korrekt; allein die Schlüsse, die Bonschab daraus zieht, sind nicht richtig. Wir müssen bei jeder Zahlung, die gemacht wird, unterscheiden, inwieweit es sich dabei um eine reine Zinszahlung handelt, und inwieweit dadurch die Kapitalschuld abgetragen wird. Nun ist es klar, dass eine Zinszahlung stets eine Nebenleistung ist; denn sie ist eine Schuld, die neben der Kapitalschuld läuft, die also die Schuld des Eigentümers vergrössert; soweit aber die Zahlung nicht eine Zinszahlung ist, insoweit vergrössert sie nicht die Schuld des Eigentümers, sondern verkleinert sie, mag auch der Teil, um den das Kapital verringert wird, noch so klein sein. Nehmen wir das Beispiel, das Bonschab anzieht, her, so wird uns das klar werden: Jemand schuldet ein Kapital von 1000 ℳ, dasselbe ist durch halbjährige Annuitäten von $4^1/_2\,\%$ ($4\,\%$ Zins und $^1/_2\,\%$ Tilgung) heimzuzahlen. Nach den feststehenden Tabellen der Hypothekenbank ist das Kapital im 36. Halbjahre auf 875,03 ℳ herabgesunken. Zu zahlen sind 22,50 ℳ; diese Summe setzt sich zusammen aus 17,50 ℳ (Zins aus 875,03 ℳ), 20 ℳ (ursprünglicher Zins) — 17,50 ℳ (derzeitiger Zins) = 2,50 ℳ Zinsersparnis) und 2,50 ℳ ($^1/_4\,\%$ aus 1000 ℳ). Von den zu zahlenden 22,50 ℳ ist reine Zinszahlung 17,50 ℳ, ist also Nebenleistung, die neben

dem Kapital zu entrichten ist, der Rest 5 ℳ dient dazu, das Kapital abzutragen und ist also Kapitalszahlung. Bonschab sagt: In diesem Falle ist Zinseinsparung und Tilgungsquote eine gleich grosse Summe zur Tilgung des Kapitals; im folgenden Halbjahre beträgt die Zinseinsparung 3,60 ℳ, also schon mehr als die Tilgungsquote u. s. w.' Dies ist ebenfalls ganz richtig, aber es ist doch völlig gleichgültig, aus welchen und aus wie grossen Bestandteilen sich der zur Kapitalsabtragung bestimmte Betrag zusammensetzt, die Hauptsache ist, dass der bezahlte Betrag dazu bestimmt ist, die Kapitalschuld zu verkleinern. Und es wäre doch eine Ungerechtigkeit, würde man dann dem Eigentümer eine Eigentümerhypothek zusprechen, wenn er die Summe nach einer langen Reihe von Jahren auf einmal oder in regelmässigen oder unregelmässigen Terminen mittels Teilbeträgen, die nicht in Prozenten ausgedrückt sind, heimbezahlt, während man in den übrigen Fällen nach Abtragung der ganzen Schuld die nachstehenden Gläubiger aufrücken lassen würde.

Bezüglich des Subjektes der Eigentümerhypothek bei Amortisationsdarlehen siehe später.

III. Die Eigentümerhypothek bei **Maximalhypotheken.**

Während bei der gewöhnlichen Hypothek mit dem Augenblicke einer geleisteten Zahlung unabänderlich in Höhe des bezahlten Betrages eine Eigentümerhypothek entsteht, ist dies bei der Maximalhypothek anders. Denn bei dieser ist es möglich, dass der Betrag der Forderung den Höchstbetrag überschreitet. Wird nun während des schwebenden Kreditverhältnisses eine Zahlung geleistet, so entsteht, vorausgesetzt, dass der Rest der Forderung unter dem Höchstbetrage bleibt, zwar damit sofort eine Eigentümerhypothek, aber eine solche, die der Eigentümer weder durch die Herbeiführung der Berichtigung, noch durch Cession geltend machen kann. Denn wächst die Forderung, so wird aus der Eigentümerhypothek sofort wieder die Fremdhypothek. Die Eigentümerhypothek ist also kraft einer *condicio juris* auflösend bedingt. Es besteht also nicht während des Kreditverhältnisses ein Schwebeverhältnis, inwieweit eine Eigenthümerhypothek vorhanden ist,[10]) sondern es steht materiell in jedem Zeitpunkte

[10]) Wie in Entsch. R. G. XLIX. S. 164 angenommen wird.

genau fest, inwieweit eine Fremdhypothek und inwieweit eine Eigentümerhypothek vorhanden ist. In der Schwebe bleibt nur, ob und wie lange dieser Zustand andauern, und ob und in welcher Weise er sich ändern wird. Wieweit eine Eigentümerhypothek vorhanden bleiben wird, kann **definitiv** erst dann festgestellt werden, wenn das Kreditverhältnis beendigt ist. Allein diese Feststellung hat natürlich nur deklaratorische Bedeutung, sie hat nur die Bedeutung, dass der **materiell** schon erfolgte längst Erwerb der Eigentümerhypotkek **nach aussen** proklamiert wird.[11])

Es sollen nun an einigen **Beispielen** diese Erörterungen praktisch erläutert werden.

1. Höchstbetrag 12 000 ℳ, ganze Forderung 11 000 ℳ, davon abbezahlt 3000 ℳ, dann in Höhe von 1000 ℳ Eigentümerhypothek des Bestellers der Hypothek, denn in Höhe dieses Betrages ist eine Forderung überhaupt nicht mehr entstanden, in Höhe von 3000 ℳ, Eigentümerhypotek des Zahlers, weil der Rest der Forderung (11 000 − 3000) in Höhe des gezahlten Betrages unter dem Höchstbetrage steht; in Höhe von 8000 ℳ Hypothek des Gläubigers, diese hat den Vorrang.
2. Der Höchstbetrag beträgt 14 000 ℳ. Die Summe der Forderungen 17 000 ℳ, durch die Zahlung von 3000 ℳ wird eine Eigentümerhypothek nicht erworben, da der Rest der Forderung gerade den Höchstbetrag ausmacht, dagegen wird durch die Zahlung von 7000 ℳ in Höhe von 4000 ℳ eine Eigentümerhypothek erworben, weil der Rest der Forderung (10 000 ℳ) in Höhe von 4000 ℳ unter dem Höchstbetrage zurückbleibt. Wird nunmehr ein weiterer Betrag gezahlt, so erhält nach Planck a. a. O. derjenige, der diesen Betrag zahlt, hinsichtlich des ganzen bezahlten Betrages eine Eigentümerhypothek. Das dürfte jedoch entschieden eine Härte bedeuten für den Eigentümer, der zuerst die Zahlung an den Gläubiger geleistet hat. Es würde dies auch auf Kosten des Gläubigers fallen; denn es würde doch dem Eigentümer nicht einfallen, eine Zahlung zu leisten, wenn ein anderer Eigentümer blos deswegen besser gestellt sein sollte, weil er später gezahlt hätte. Man wird am besten dahin zu entscheiden haben, dass man sagt:

[11]) Im Prinzip derselben Ansicht Planck S. 625, Biermann S. 418, O. L. G. Jena, Ensch. F. G. II S. 198 u. A.

Dadurch, dass die einzelnen Eigentümer an den Gläubiger Zahlungen leisten, drücken sie die Schuldsumme gemeinschaftlich unter den Höchsbetrag herunter und nützen sich damit gegenseitig. Man wirft die sämtlichen gezahlten Beiträge zusammen und berechnet für diesen Gesamtbetrag nach den eben aufgestellten Grundsätzen die Eigentümerhypothek. In diese Eigentümerhypothek lässt man die Berechtigten nach dem Verhältnis ihrer gezahlten Beträge sich teilen. Sämtliche Eigentümerhypotheken haben Gleichrang. Nehmen wir als Höchstbetrag 12 000 ℳ an, die Gesamtforderung des Gläubigers 15 000 ℳ und zwei Zahlungen des A und B in Höhe von 8000 ℳ bezw. 6000 ℳ, so würde nach Planck A eine Eigentümerhypothek in Höhe von 5000 ℳ, B eine solche von 6000 ℳ erhalten, in Höhe von 1000 ℳ verbleibt natürlich dem Gläubiger die Hypothek; nach der hier vertretenen Ansicht erhält A 6268 ℳ, B 4714 ℳ.

Bei den Beratungen der Kommission[12]) war der Antrag gestellt worden, in das Gesetzbuch die Bestimmung aufzunehmen: „Erlischt die Forderung teilweise, so tritt die Eigentümerhypothek nun insoweit ein, als der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht. Der Antrag wurde entsprechend begründet. Gegen die sachliche Richtigkeit dieser Ausführungen wurden von keiner Seite Einwendungen erhoben. Die Minderheit der Kommission stimmte auch darin dem Antragsteller bei, dass wegen der besonderen Schwierigkeit der in dem Antrage berührten Frage die Annahme einer erläuternden Bestimmung zweckmässig sei. Die Mehrheit jedoch lehnte den Antrag ab in der Erwägung, dass es sich bei diesem lediglich darum handelt, die aus der Natur der Kautionshypothek für die Anwendung der im Antrag bezeichneten Bestimmungen sich ergebenden Folgerungen im Gesetze klar zu stellen, der Gesetzgeber könne jedoch die Ableitung dieser Folgerungen umsomehr der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen, als die im Antrage behandelten Fragen praktisch nicht gerade allzu häufig zur Entscheidung kommen würden; es komme hinzu, dass die Fassung der vorgeschlagenen Bestimmung nicht einwandfrei erscheine.

[12]) Prot. III. S. 690 ff.

Der oben aufgestellte Grundsatz, dass Zahlungen, die dem Gläubiger während des weiteren Bestehens des Rechtsverhältnisses gemacht werden, nicht an sich den Fortbestand der Hypothek berühren, erleidet aber in zwei Fällen eine Ausnahme: einmal wenn im Sinne des § 1113 Abs. 1 des B. G. B. **aus** dem Grundstücke gemäss § 1147 B. des G. B. gezahlt wird, wodurch die Hypothek zu dem abgezahlten Betrage erlischt — die Befriedigung **aus** dem Grundstücke kann ja nur einmal verlangt werden —, oder wenn die Anrechnung der Zahlung auf den Höchstbetrag und insoweit auf die Hypothek gemäss § 1183 des B. G. B. vereinbart wird. In dem einen Falle erlischt die Hypothek zu dem betreffenden Betrage kraft Gesetzes, in dem anderen kraft Vereinbarung.[13])

Ist der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner derjenige, der die Summe zahlt, entsprechend § 1164 des B. G. B., so gilt analoges, d. h. der persönliche Schuldner erwirbt die Hypothek.

IV. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1147 des B. G. B. erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke und aus den Gegenständen, auf die sich gemäss §§ 1120, 1130 die Hypothek erstreckt, **im Wege der Zwangsversteigerung** und zwar bezüglich des Grundstückes im Wege der Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung, bezüglich der mithaftenden Gegenstände im Wege der Mobiliarpfändung. Dadurch sollte,[14]) in Konsequenz des in § 1062 des Entwurfes (= § 1113 des B. G. B.) festgestellten Begriffes der Hypothek als eines Rechtes wegen einer bestimmten Geldsumme Befriedigung **aus** dem Grundstücke zu verlangen und im Anschlusse an die geschichtliche Entwicklung des Hypothekenrechtes in Deutschland zum Ausdrucke gebracht werden, dass der Gläubiger mit der Verwirklichung seines dinglichen Rechtes des Hypothekenrechtes auf den Weg der Zwangsversteigerung verwiesen werde. Von einer Befriedigung aus dem Grundstücke kann demnach nicht geredet werden, wenn ohne Zwangsversteigerung gezahlt wird, sei es auch mit Geldern, die der Schuldner durch den Verkauf des Grundstückes oder eines Teiles desselben oder aus solchen Gegenständen erlöst, auf die sich die Hypothek erstreckt, z. B Miet- oder Pachtzinsen, aus

[13]) S. Entsch. R. G. LII. S. 322.

[14]) Mot. III. S. 676.

Versicherungsgeldern für abgebrannte Gebäude u. s. w. Auf das Zugeldemachen der von der Hypothek ergriffenen Gegenstände kommt es nicht an, sondern nur auf deren Zugeldemachen durch Zwangsversteigerung. Wir müssen also immer bei einer Befriedigung **aus** dem Grundstücke die freiwillige von der unfreiwilligen scheiden, und es liegt in allen Fällen, wo der Hypothekschuldner sich Geld, wenn auch durch Verkauf der verhypothecierten Gegenstände, verschafft und damit die Hypothek bezahlt, zwar eine Befriedigung **aus** dem Grundstücke vor, aber nicht mit der Wirkung, dass die Hypothek dadurch erlischt § 1181 des B. G. B., man hat es vielmehr hier lediglich mit einer Bezahlung der Forderung zu tun, welche die Wirkung hat, dass diese zu dem betreffenden Betrage getilgt wird, und die Hypothek Eigentümerhypothek wird, § 1163 Abs. 1 S. 1 des B. G. B.[15])

V. Aber nicht nur in den Fällen, in denen der Eigentümer den Gläubiger **freiwillig aus** dem Grundstücke befriedigt, erwirbt der Eigentümer die Hypothek; man wird vielmehr annehmen müssen, dass der Eigentümer sogar dann die Hypothek erwirbt, wenn der Gläubiger zwar **im Wege der Zwangsversteigerung** aus den mithaftenden Gegenständen befriedigt wird, aber nicht auf Grund seines dinglichen Rechtes, sondern infolge der Durchführung seines **persönlichen** Anspruchs. Auf grund eines vollstreckbaren Titels für einen persönlichen Anspruch kann sich der Gläubiger an das ganze Vermögen des Schuldners halten, er hat je nach der Zusammensetzung desselben die Wahl, dessen Barvermögen für sich zu beanspruchen oder dessen Mobiliar; er kann sich sogar aus dem Grundvermögen desselben befriedigen §§ 864 ff der Z. P. O. Anders ist es bei der Verfolgung des dinglichen Rechtes; hier ist die Haftung des Schuldners von vornherein genau fixiert, hier hat der Gläubiger in keiner Weise die Wahl, hier kann er sich nur an das Grundstück oder an die im Gesetze genau bezeichneten, mithaftenden Gegenstände halten. Betreibt also der Hypothekgläubiger auf grund eines vollstreckbaren

[15]) Entsch. R. G. LVI S. 323 s. auch ebd. III S. 259 ff., XVI S. 164 ff., XLVII S. 261 ff., Planck S. 597, Turnau-Förster S. 795, Müller-Meikel S. 910, Neumann S. 783.

Titels für die persönliche Forderung die Zwangsvollstreckung in das Grundstück bezw. die mithaftenden Gegenstände, so will er damit sagen, dass er sein dingliches Recht gar nicht geltend macht, dass er nur auf grund seiner persönlichen Forderung sich Befriedigung sucht. In allen diesen Fällen wird das dingliche Recht gar nicht berührt, entbehrt aber nunmehr der materiellen Grundlage, es erwirbt der Eigentümer die Hypothek, gerade so, wie wenn der Hypothekgläubiger auf grund seines persönlichen Anspruches im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus einem Grundstücke, das nicht verpfändet ist, oder aus Gegenständen, auf die sich die Hypothek nicht erstreckt, erlangt. Die Zwangsvollstreckung erfolgt dann in die beweglichen Gegenstände des Schuldners, nicht, weil sich die Hypothek darauf erstreckt, sondern weil sie zu dem Vermögen des Schuldners gehören, das dem Gläubiger für jeden **persönlichen** Anspruch zur Verfügung steht. Der Gläubiger erlangt seine Befriedigung gerade so, wie wenn er nie seine Forderung hypothekarisch gesichert, oder wie wenn er auf die Hypothek wieder verzichtet hätte.[16]) Fuchs S. 583 will in jedem Falle der Befriedigung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung die Hypothek erloschen wissen, indem er der Ansicht ist, dass mit jeder Befriedigung aus dem Grundstücke bezw. den mithaftenden Gegenständen sich der Inhalt des Hypothekenrechtes erschöpft, ebenso Böhm S. 274. Dieser drückt sich nicht ganz deutlich aus, indem er sagt: „Das Erlöschen der Hypothek tritt von Rechtswegen ein, gleichviel, ob die zwangsweise Befriedigung aus der Substanz des Grundstückes oder aus den gemäss §§ 1120—1131 des B. G. B. mithaftenden Gegenständen erfolgt. Befriedigt sich der Gläubiger aber aus Gegenständen, die der Mobiliarpfändung unterliegen, so tritt Eigentümerhypothek ein." Man wird also, um es noch einmal kurz zu sagen, die Behauptung aufstellen müssen, dass § 1181 nur dann Anwendung findet, wenn die Zwangsvollstreckung in das Grundstück bezw. die mithaftenden Gegenstände auf grund eines auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gerichteten vollstreckbaren Titels mit Erfolg betrieben ist, dass aber in allen anderen Fällen die Zwangsvollstreckung nur die Wirkung hat, dass zu dem betreffenden Betrage

[16]) Turnau-Förster S. 795, Bruck S. 249, Planck S. 597, Fischer-Henle zu § 1147.

die Forderung erlischt, und eine Eigentümerhypothek entsteht § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B.

VI. Wie schon oben des Näheren auseinandergesetzt wurde, ist die **Grundschuld** in ihrem Entstehen, Fortbestand und Erlöschen von einer Forderung vollständig unabhängig. Erlischt also die zu grunde liegende Forderung, so erwirbt der Eigentümer nicht die Grundschuld, sondern diese verbleibt dem Gläubiger. Wohl aber ist dieser dann auf Kosten des Eigentümers ungerechtfertigt bereichert, und es kann daher letzterer gemäss § 812 des B. G. B. verlangen, dass ihm Löschungsbewilligung ausgehändigt, oder die Grundschuld auf ihn übertragen werde; oder aber er kann gemäss § 821 des B. G. B. verlangen, dass der Gläubiger auf die Grundschuld verzichtet, und er erwirbt dann auch mit der Erklärung des Verzichtes und dessen Eintragung im Grundbuche die Eigentümergrundschuld §§ 1169, 1168 des B. G. B. Im Falle des § 1143 des B. G. B. erlangt der persönlich nicht haftende Eigentümer das dingliche Recht als Hypothek des Eigentümers als Konsequenz des gesetzlichen Ueberganges der Forderung. Die Grundschuld steht aber nicht im geringsten unmittelbaren Zusammenhange mit der Forderung. Liegt also der Bestellung einer Grundschuld durch einen Eigentümer ein persönlicher Anspruch des Gläubigers gegen einen Dritten zu grunde, so erlangt der Eigentümer durch Zahlung der Grundschuldsumme nur die oben erwähnten **persönlichen** Ansprüche gegen den Gläubiger, von einem **unmittelbaren** Uebergange der Grundschuld auf ihn kann keine Rede sein. Die persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Dritten bleiben natürlich völlig unberührt und ebenso diejenigen zwischen diesem und dem Gläubiger. Bezüglich des zuerst aufgestellten Grundsatzes stimmen fast alle Kommendatoren und Schriftsteller mit der hier vertretenen Ansicht überein, nur Planck 637 meint, dass die Grundschuld auf den Eigentümer übergeht, wenn der Gläubiger vom Eigentümer selbst befriedigt wird. Warum zwischen den einzelnen Arten des Erlöschens einer Forderung hinsichtlich der Wirkung desselben ein Unterschied gemacht werden soll, ist nicht verständlich. Was die Ansicht Kindels anlangt, so ist diese bereits oben besprochen. Bezüglich der zweiten aufgestellten Behauptung befindet sich die hier verfochtene Ansicht

in schroffem Gegensatze zu der herrschenden Meinung.[17]) Auf jeden Fall wird der Eigentümer gut daran tun, die Befriedigung des Grundschuldgläubigers nur Zug um Zug gegen Verzichtserklärung auf die Grundschuld § 1168 des B. G. B. oder Uebergabe des Grundschuldbriefes und notariell beglaubigte Abtretungserklärung § 1154 des B. G. B. zu betätigen. Dann hat der Eigentümer die Eigentümergrundschuld erlangt und ist gleichzeitig gegen die aus § 892 des B. G. B. folgenden Gefahren geschützt; er kann endlich seine Eigentümergrundschuld verwerten § 40 Abs. 1 der Gr. B. O., § 1155 des B. G. B.

Was für die Grundschuld gilt, gilt naturgemäss auch für die **Rentenschuld**, es bestehen auch hier nur persönliche Ansprüche des Eigentümers gegen den Gläubiger auf Uebertragung der Rentenschuld bezw. auf Verzicht auf dieselbe. In beiden Fällen erwirbt der Eigentümer die Rentenschuld als Eigentümerrentenschuld, nicht als Eigentümergrundschuld. Denn wie durch die Zahlung des Grundschuldkapitals nicht blos die Grundschuldsumme, sondern die darauf bestellten Zinsrechte auf den Eigentümer nach dem obigen Umwege übergehen, so geht auch durch Zahlung der Ablösungssumme nicht blos diese, sondern auch das Recht auf die Renten, die den Zinsen gleichgestellt sind, über. Auch fehlt es an einer gesetzlichen Bestimmung, kraft deren sich die Rentenschuld bei Vereinigung mit dem Eigentume in einer Person in eine Grundschuld verwandelt, entsprechend § 1177 Abs. 1 des B. G. B. Ueberträgt der Eigentümer sein Recht an einen Dritten ohne Umwandelung, so erlangt der Dritte das ursprüngliche Rentenschuldrecht.[18])

VII. Im § 5 ist unter V. des Näheren begründet worden, dass im Falle des § 1163 Abs. 1 S. 2 derjenige die Eigentümerhypothek erwirbt, der Eigentümer ist zu der Zeit, wo die Forderung erlischt. Es erübrigt daher nur noch, hier zwei Streitfragen zu erledigen, die das Subjekt der Eigentümerhypothek in besonders gearteten Fällen betreffen.

[17]) Z. B. Turnau-Förster S. 703, Böhm S. 205, Planck S. 637, Fischer-Henle zu § 1143.

[18]) Planck S. 648, Turnau-Förster S. 886, Böhm S. 314, Bruck S. 227, Neumann S. 800, Fuchs 679, Hachenburg S. 297. Biermann lässt den Eigentümer die Belastung als Grundschuld erwerben.

1. Der erste Fall ist der, dass die Forderung von dem Käufer nach erfolgter Auflassung des Grundstückes getilgt wird. Das Kammergericht stellt hier[19]) die Behauptung auf, dass in diesem Falle der Käufer mit dem Augenblicke der Eintragung des Eigentumes die Hypothek **endgültig** als Eigentümergrundschuld erwerbe. Die Entscheidung scheint auf den ersten Augenblick allein der Billigkeit zu entsprechen, ist aber nicht richtig. Wir müssen bei jedem Erwerbe eines dinglichen Rechtes — ausgenommen einzelne Fälle gesetzlichen Ueberganges eines solchen Rechtes — zwei getrennte juristische Akte unterscheiden, einmal die Einigung, die in diesem Falle an ganz bestimmte Formen gebunden ist und Auflassung heisst, und die Eintragung in das Grundstück. Beide Erfordernisse sind vollkommen gleichwertig, und es ist also völlig gleichgültig, in welcher Reihenfolge sie vollzogen werden. Solange aber nicht beide Erfordernisse vorhanden sind, ist der Erwerb des Rechtes noch nicht vollzogen. Ist natürlich bei der Auflassung der Antrag auf Eintragung gestellt, dann ist es gleichgültig, wann die Eintragung betätigt wird; massgebend ist immer die Zeit, in welcher der Antrag beim Grundbuchamte einläuft. In unserem Falle ist nur die Auflassung erfolgt, es fehlt noch die Eintragung; infolgedessen ist das Eigentum am Grundstücke noch nicht übergegangen: der Verkäufer ist noch Eigentümer; andererseits ist aber durch die durch einen Dritten erfolgte Bezahlung der durch die Hypothek gesicherten Forderung diese erloschen §§ 267, 362 des B. G. B. Der Eigentümer d. i. der Verkäufer erwirbt die Hypothek. Tritt nun zu der Auflassung noch die Eintragung in das Grundbuch hinzu, so geht das Eigentum am Grundstücke auf den Käufer über, die Eigentümerhypothek bleibt als Grundschuld mangels besonderer Vereinbarung beim Verkäufer zurück. Nun unterliegt es keinem Zweifel, dass der Verkäufer, falls nicht bei Berechnung des Kaufpreises die Eigentümerhypothek in Berechnung gezogen worden ist, auf Kosten des Käufers ungerechtfertigt bereichert ist; folglich kann der Käufer Löschungsbewilligung oder Uebertragung der Grundschuld oder Verzicht auf dieselbe fordern. Ist die Hypothek noch auf den Namen des Gläubigers eingetragen, so wird man dem Käufer das Recht einräumen müssen, dass er vom Verkäufer verlangen kann, dass dieser den ihm gegen den Gläu-

[19]) Rspr. IX. S. 315.

biger zustehenden Berichtigungsanspruch auf ihn überträgt s. o. Das Kammergericht meint, dass der Käufer mit dem Augenblicke der Eintragung die Hypothek „endgültig" als Eigentümergrundschuld erwirbt. Welches Schicksal soll die Hypothek in der Zwischenzeit zwischen Auflassung und Eintragung teilen? Es bestehen nunmehr vier Möglichkeiten des Ueberganges der Hypothek auf den Käufer: entweder der Gläubiger verliert die Hypothek nicht mit dem Augenblicke der Zahlung, sondern überhaupt erst mit dem Augenblicke der Eintragung des Eigentumswechsels, oder es erlischt durch die Zahlung vorübergehend die Hypothek, und diese taucht mit der Eintragung als Eigentümerhypothek wieder auf, oder es erwirbt der Käufer sofort mit der Zahlung die Hypothek, oder aber es erwirbt zwar der Verkäufer die Hypothek, diese geht aber mit der Eintragung des Eigentumswechsels auf den Käufer über. Dass nun mit der Tilgung der Schuldsumme der Gläubiger die Hypothek verliert, ist infolge des akzessorischen Charakters der Hypothek klar; dass das Erlöschen der Forderung andererseits nicht ein Erlöschen des dinglichen Rechtes nach sich zieht, ist ebenfalls klar § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B.; eine „Hypothek des Dritten" kann aber der Käufer mangels des Vorliegens der Voraussetzungen des § 268 des B. G. B. durch die Zahlung der Summe nicht erlangt haben. Es bliebe nur noch übrig, dass eine Eigentümerhypothek des Verkäufers durch die Zahlung des Käufers zwar entstanden wäre, diese aber mit dem Augenblicke der Eintragung des Eigentumswechsels auf die Käufer übergehe. Aber auch hier fehlt es vollständig an einer gesetzlichen Bestimmung.

Es lässt sich also in keiner Weise die Behauptung des Kammergerichtes verteidigen, und wir müssen an dem oben aufgestellten Grundsatze festhalten. Es wird zugegeben, dass der Käufer auf diese Weise Schaden erleiden kann, wenn der Verkäufer seine Grundschuld an einen gutgläubigen Dritten überträgt; aber er kann sich ja dagegen sowohl im Falle des § 812 als auch in dem des § 821 durch die Eintragung einer Vormerkung gemäss § 883 schützen, oder aber er muss eben mit der Zahlung bis zur Eintragung des Eigentumswechsels warten.

2. Was nun die Eigentümerhypothek bei den **Amortisationsdarlehen** anlangt, so ist deren Berechtigung bereits oben des

Näheren dargetan; hier gilt es nur zu prüfen, wer das Subjekt derselben ist. Bei der Entscheidung dieser Frage kommt es darauf an, ob durch die einzelnen Beträge ein entsprechender Teil der Hypothek getilgt werden soll, oder ob die einzelnen Beträge einstweilen als besonderes Guthaben des Schuldners angesammelt werden. Ist letzteres der Fall, so ist klar, dass die Zahlung einer jeden Amortisation auf die Hypothek nicht den geringsten Einfluss hat, da die Amortisation dem Eigentümer nicht zu gute kommt: erst wenn die Summe der Beträge die Forderung in ihrer ganzen Höhe erschöpft, tritt ein Erlöschen derselben durch Aufrechnung ein. Es kann also erst jetzt nach Zahlung sämtlicher Abträge und nach erfolgter Aufrechnung die Eigentümerhypothek entstehen und zwar zu gunsten des Eigentümers, der es im Zeitpunkte des Erlöschens der Forderung ist.[19]) Im Zweifel ist jedoch anzunehmen, dass die jedesmalige Amortisation den Zweck hat, einen entsprechenden Teil der Hypothek zu tilgen; hier unterliegt es keinem Zweifel, dass sofort mit der Entrichtung eines jeden Betrages hinsichtlich desselben eine Eigentümerhypothek entsteht und zwar des Eigentümers, der die Zahlung bewirkt hat.[20])

Kretschmar[21]) stellt für die durch Zinszuschläge amortisierbare Hypothek folgende Grundsätze auf:

a) Die Tilgungsraten sind, obwohl sie in der Form eines Zuschlages zu den Zinsen entrichtet werden, nicht von der Eigentümerhypothek ausgeschlossen, weil sie Kapitalszahlungen sind; die Eigentümerhypothek entsteht aber erst mit der vollständigen Tilgung der Forderung.

b) Die Eigenschaft der Hypothek als einer amortisierbaren und die behufs Tilgung der Schuld zu entrichtenden Zinszuschläge müssen in der Eintragung angegeben werden; ebenso empfiehlt es sich, das Ende der Tilgungszeit in der Eintragung zu vermerken.

[19]) O. L. G. Posen Rspr. VI. S. 148, K. G. Rspr. VII. S. 10.

[20]) S. o. Entscheidungen des O. L. G. Posen und des K. G., ausserdem Bayr. Ob. L. G. III. S. 640; O. L. G. Stuttgart D. J. Z. 1904 S. 319, Oberneck Gruch. Beitr. a. a. O. S. 334, Müller-Meikel S. 899, Turnau-Förster S. 786 u. s. w.

[21]) D. J. Z. 1903 S. 331 ff.

c) Die Eigentümerhypothek erwirbt derjenige Eigentümer des Grundstückes, der die Tilgung vollendet; den früheren Eigentümern steht ein Anteil an der Hypothek nicht zu.

d) Bei der Zwangsversteigerung des Grundstückes trifft den Ersteher eine Zahlungspflicht wegen des getilgten Teiles der von ihm übernommenen Hypothek nicht. Erlischt die Hypothek durch den Zuschlag, so erhält der Gläubiger den ihm noch zustehenden Betrag der Forderung; der Rest der Hypothek wird zur Verteilung für die nachfolgenden Berechtigten frei, er gebührt nicht etwa dem Eigentümer.

Diese Grundsätze sind jedoch nicht zu billigen. Denn werden die einzelnen Beträge nicht angesammelt, so entsteht mit der Zahlung einer Rate entweder gemäss § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B. eine Eigentümerhypothek des zahlenden Eigentümers, oder es erlischt die Hypothek zu dem betreffenden Betrage gemäss § 1178 des B. G. B. Dass aber die Eigentümerhypothek solange sistiert wird, bis die Schuld ganz abgetragen ist, ist unmöglich. Denn es würde mit dem Augenblicke der Zahlung einer Rate ein Zustand eintreten, in dem weder die Hypothek hinsichtlich dieses Betrages besteht, noch hinsichtlich desselben erloschen ist, noch eine Eigentümerhypothek entstanden ist. Das ist jedoch ganz undenkbar.

Es muss allerdings zugegeben werden, dass die hier vertretene Ansicht oft Schwierigkeiten hervorrufen wird, wenn es gilt, die einzelnen Berechtigten der verschiedenen Eigentümerhypotheken festzustellen. Aber so gefährlich, wie es der unbekannte Verfasser in der bayr. Zeitschrift für das Notariat 1901 S. 149 darzustellen sucht, indem er sich dahin ausspricht, dass die Anwendung der Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf die Annuitätsdarlehen einen geradezu unhaltbaren Rechtszustand, ja sogar eine Rechtsverwirrung und beispiellose Rechtsunsicherheit hervorrufen würde, so gefährlich ist es denn doch nicht. Denn einerseits wechseln die Eigentümer eines Grundstückes doch nicht so erschreckend rasch, andererseits wird es nicht so schwer fallen, einen bequemen Modus zu finden, sei es durch jedesmalige Abtretung der Eigentümerhypotheken an den neuen Eigentümer in Anrechnung auf den Kaufpreis, oder durch genaue Aufschrei-

bungen bei der beleihenden Bank, oder durch Ausstellung von Quittungen seitens des Gläubigers; auf jeden Fall wäre es eine schreiende Ungerechtigkeit, wenn man demjenigen, der vielleicht nur eine Annuität zahlte, der dabei aber das Glück hatte, dass es die letzte Annuität war, die ganze Eigentümerhypothek zusprechen wollte, während derjenige, der alle Annuitäten, ausgenommen jene letzte, heimgezahlt hat, leer ausgehen sollte.

§ 8.

Das Eigentümerpfandrecht im Falle des Verzichtes auf das Grundpfandrecht.

I. Bei den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes[1]) wurde der § 1168 aus dem Gesichtspunkte bekämpft, dass die Vorschrift zur Umgehung des § 1153 des B. G. B. führen könne, indem sich der Gläubiger die Forderung vorbehält, die Hypothek dagegen durch Verzicht auf den Eigentümer überträgt und dadurch eine Trennung von Forderung und Hypothek bewirkt. Ein praktisches Bedürfnis für die vorgeschlagene Bestimmung sei nicht ersichtlich. Die Mehrheit der Kommission war der Ansicht, dass, nachdem man sich prinzipiell für die Eigentümerhypothek entschieden habe, folgerichtig auch beim Verzichte des Gläubigers auf die Hypothek der Uebergang derselben auf den Eigentümer anzunehmen sei. Das Verhältnis zu dem § 1153 könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls sei anzunehmen, dass der Eigentümer, falls der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, vielleicht weil er eine andere Sicherheit für seine Forderung vom Eigentümer erhalten hat, ein Interesse daran haben könne, die Hypothek nicht zur Löschung bringen zu lassen, diese vielmehr als Eigentümerhypothek aufrecht zu erhalten. Andernfalls würden die nachstehenden Gläubiger aufrücken, wozu kein Anlass besteht. Wenn eine Hypothek begründet werde, so liege darin zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek. Letztere könne nicht geltend gemacht werden, solange sie mit dem Rechte des Gläubigers belastet sei. Falle aber das Recht des Gläubigers durch Verzicht weg, so gelange die Eigentümerhypothek zur Wirksamkeit und zwar ohne einen Akt der Uebertragung.

§ 8.

[1]) Prot. III. S. 602.

II. Der Verzicht auf die Hypothek berührt lediglich das dingliche Recht. Die Forderung kommt gar nicht in Betracht: es ist also klar, dass § 1168 insbesondere auf die Grundpfandrechte Anwendung findet, die in ihrem Entstehen, Fortbestehen, Erlöschen von dem Vorhandensein einer Forderung völlig unabhängig sind. Grundschulden und Rentenschulden § 1192 Abs. 1 des B. G. B. Wird auch auf die Forderung verzichtet, z. B. durch einen Erlass- oder negativen Anerkenntnisvertrag § 397 des B. G. B. (nicht durch einseitigen Verzicht), so erwirbt zwar der Eigentümer auch die Hypothek, aber nicht auf grund des § 1168, sondern des § 1163 Abs. 1 S. 2. Die Forderung geht in diesem Falle unter. Im Falle des § 1168 wird jedoch die Forderung nur in der Hinsicht berührt, dass sie ihrer hypothekarischen Sicherheit entkleidet wird. Die Forderung wird nunmehr lediglich nach dem Obligationenrechte behandelt bei allen Rechtshandlungen, die nunmehr hinsichtlich derselben vorgenommen werden. Es kann also, wie bereits in den Protokollen angedeutet, das Verbot des § 1153 umgangen werden, indem beides, sowohl die Forderung als auch das dingliche Recht, seinen eigenen Weg wandeln kann.

III. Die **Gründe des Verzichtes** auf die Hypothek können der mannigfachsten Art sein: die häufigsten, bei sämtlichen Grundstückspfandrechten vorkommenden Fälle werden die sein, dass dem Gläubiger eine Zahlung in Aussicht gestellt, oder vielleicht eine bessere Sicherheit eingeräumt worden ist, sei es durch Verpfändung eines wertvolleren Grundstückes oder durch Hingabe eines Faustpfandes oder durch Stellung eines sicheren Bürgen. Weitere Gründe des Verzichtes auf das dingliche Recht, die nur den Grundschulden und Rentenschulden eigen sind, werden die sein, dass die der Grundschuld in der Regel zu grunde liegende Forderung entweder nicht zur Entstehung gelangt oder wieder erloschen ist.

IV. Die **materiell-rechtlichen Erfordernisse der Entstehung des Eigentümerpfandrechtes** nach § 1168 sind einmal der Verzicht und dann die Eintragung desselben in das Grundbuch. Der **Verzicht** ist eine einseitige, empfangsbedürftige bezw. amtsempfangsbedürftige, abstrakte, formlose Willenserklärung § 130 des B. G. B. Adressat ist das Grundbuchamt oder der Eigentümer. Die Vorschrift des § 130 Abs. 1 des B. G. B. wird durch die besondere

Bestimmung des § 875 Abs. 2 des B. G. B. ersetzt, wonach vor Eintragung des Verzichtes der Berechtigte an seine Erklärung nur dann gebunden ist, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der §§ 19, 29 der Gr. B. O. entsprechende Verzichtserklärung ausgehändigt hat. Bis dahin kann der Gläubiger jederzeit seinen Vericht widerrufen. Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, z. B. verpfändet, so bedarf der Verzicht gemäss § 876 des B. G. B. der Zustimmung des Dritten, die sofort unwiderruflich ist. Die Verzichtserklärung wird nicht dadurch unwirksam, dass der Gläubiger in der Verfügung beschränkt wird, wenn der Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder dem Eigentümer in einer formellen Urkunde ausgehändigt, und vom Gläubiger oder vom Eigentümer der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt worden ist §§ 1168 Abs. 2, 876, 875 Abs. 2 des B. G. B. Ist die Willenserklärung nichtig, sei es als von einem Geschäftsunfähigen abgegeben oder wegen Irrtumes oder Täuschung anfechtbar und angefochten, so ist trotz etwa erfolgter Eintragung ein Eigentümerpfandrecht nicht entstanden. Ist eine Umschreibung bereits erfolgt, so kann der Gläubiger einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eintragen lassen § 898 des B. G. B. und Grundbuchberichtigung durch Umschreibung des Grundpfandrechtes auf seinen Namen verlangen § 894 des B. G. B. Ein Dritter ist jedoch durch seinen guten Glauben geschützt § 892 des B. G. B. Lautet das Grundpfandrecht noch auf den Namen des Gläubigers, so kann dieser vom Eigentümer auf grund des § 894 des B. G. B. Streichung der Eintragung des Verzichtes im Grundbuche verlangen, und damit fällt formell wieder das Grundpfandrecht an den Gläubiger zurück. Materiell hatte er es ja nie verloren. Klagt aber der Eigentümer auf grund des § 1168 des B. G. B. gegen den Gläubiger auf Zustimmung zur Umschreibung des Grundpfandrechtes auf den Namen des Eigentümers, so kann der Gläubiger im Wege der Incidentfeststellungswiderklage feststellen lassen, dass ein Eigentümerpfandrecht nicht entstanden ist, und gleichzeitig auf Zustimmung zur Streichung der Verzichtserklärung im Grundbuche widerklagen § 280 der Z. P. O. Die Verzichtserklärung ist endlich auch abstrakt, losgelöst von dem zu grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnis. Ist aber der Uebergang

des Grundpfandrechtes materiell ungerechtfertigt, sei es, dass z. B. die Sicherheit nicht gegeben wurde, oder die in Aussicht gestellte Zahlung nicht erfolgte, so ist der Eigentümer auf Kosten des Gläubigers ungerechtfertigt bereichert; es kann der letztere im Wege einer **persönlichen** Klage Rückübertragung des Grundpfandrechtes verlangen § 812 des B. G. B. und zur Sicherung dieses persönlichen Anspruches eine Vormerkung eintragen lassen § 888 des B. G. B. Andererseits kann er den **formellen** Uebergang des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer dadurch verhindern, dass er dessen Klage auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung die *exceptio condictionis sine causa* oder *causa data causa non secuta* gemäss § 821 des B. G. B. entgegensetzen kann.

Von der Aufhebung des Grundpfandrechtes durch Rechtsgeschäft, die ebenfalls ein einseitiges, empfangs- bezw. amtsempfangsbedürftiges, abstraktes, formloses Rechtsgeschäft ist, unterscheidet sich der Verzicht dadurch, dass bei der ersteren der Gläubiger beabsichtigt, das Grundpfandrecht völlig zu beseitigen, während bei dem letzteren der Gläubiger dem Eigentümer die freie Verfügung über das Grundpfandrecht verschaffen will.[2]) Daraus erklärt sich, dass nur bei der Aufhebung des Grundpfandrechtes durch Rechtsgeschäft und nicht beim Verzichte auf das Grundpfandrecht die Zustimmung des Eigentümers verlangt wird § 1183 des B. G. B., § 27 der Gr. B. O. Denn verzichtet der Gläubiger auf das Grundpfandrecht, so muss sich der Eigentümer das gefallen lassen; denn seine Rechtslage wird dadurch nicht verschlechtert, sondern verbessert.[3])

Zu der Abgabe der Erklärung des Verzichtes kommt auch beim Briefpfandrechte noch als zweite Voraussetzung der Entstehung des Eigentümerpfandrechtes die **Eintragung des Verzichtes in das Grundbuch.** Beide Momente sind völlig gleichwertig, und es ist also gleichgültig, ob die Abgabe der Willenserklärung oder die Eintragung derselben vorangeht. Erfolgt zuerst die Eintragung, dann entsteht jedoch das Eigentümerpfandrecht erst mit der Abgabe der Willenserklärung.

V. Als **formale Voraussetzungen** kommen noch hinzu Stellung eines Antrages auf Eintragung des Verzichtes von seiten

[2]) K. G. Rspr. VI. S. 208.

[3]) Prot. III. S. 603.

des Gläubigers oder des Eigentümers § 13 der Gr. B. O. und Vorlage einer den Bestimmungen der §§ 19, 29 der Gr. B. O. entsprechenden Eintragungsbewilligung des Gläubigers oder auch noch Verzichtserklärung desjenigen, der ein Recht an dem Grundpfandrechte hat, sowie bei Briefpfandrechten Vorlage des Hypothekenbriefes § 42 der G. B. O. Wie weit diese rein formellen Voraussetzungen Wirkung auf die Entstehung des materiellen Rechtes äussern, ist oben des Näheren bei Besprechung des § 1196 B. G. B. dargetan, und es wird hier dorthin verwiesen. Zu erwähnen ist endlich noch, dass nach erfolgter Eintragung diese bei den Briefpfandrechten von dem Grundbuchamte auf dem Hypothekenbrief zu vermerken, und der Vermerk mit Unterschrift und Siegel zu versehen ist gemäss § 62 der Gr. B. O.

VI. **Verzichtet der Gläubiger ganz** auf die Hypothek, so bedarf der Eigentümer der Hilfe des § 1144 des B. G. B. nicht. Zur Eintragung des Verzichtes ist zunächst der Brief vorzulegen: ist dann auf Grundlage des Briefes die Eintragung des Verzichtes erfolgt, so ist die Hypothek bezw. Grundschuld Eigentümerpfandrecht geworden, und damit hat der Eigentümer auch das Eigentum am Briefe erlangt § 952 Abs. 2 des B. G. B., kann also von jedem mittels der *rei vindicatio* die Aushändigung des Briefes verlangen. Hat aber das Grundbuchamt den Brief an den Gläubiger zurückgegeben, so hindert der Vermerk auf dem Briefe dessen weitere Begebung. Verzichtet jedoch der Gläubiger nur für einen Teil auf das Grundpfandrecht, so stehen dem Eigentümer die in § 1145 des B. G. B. bezeichneten Rechte zu. Da aber schon zur Eintragung des Verzichtes die Vorlage des Briefes beim Grundbuchamte zu betätigen, und die Eintragung auf dem Hypothekenbriefe von Amts wegen zu vermerken ist, so hat die Vorschrift des § 1168 Abs. 2 nur die Bedeutung, dass der Eigentümer die nochmalige Vorlage des Briefes vom Gläubiger zum Zwecke der Umschreibung des Eigentümerteilpfandrechtes auf seinen Namen oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefes fordern kann.[4]) Das zweckmässigste wird sein, die Herstellung eines Teilhypothekenbriefes zu verlangen; denn damit kann der Eigentümer am besten über sein Eigentümerpfandrecht verfügen. Hinsichtlich des dem

[4]) Plank S. 564.

Gläubiger verbleibenden Grundpfandrechtes gebührt dem Gläubiger der Vorrang § 1178 des B. G. B.

VII. **Entlässt der Gläubiger nur eines von mehreren** für eine Forderung verpfändeten **Grundstücken** aus der Mithaft, so erlischt die Hypothek auf dem enthafteten Grundstücke § 1175 Abs. 1 S. 2 des B. G. B.

VIII. Betrifft die **Schuldübernahme** eine Forderung, für die eine Hypothek besteht, so erwirbt der Eigentümer des belasteten Grundstückes die Hypothek § 418: es müsste denn sein, dass der Eigentümer in die Schuldübernahme einwilligt. In diesem Falle verbleibt dem Gläubiger die Hypothek. Eine solche Einwilligung liegt namentlich vor, wenn die Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Schuldner und Schuldübernehmer erfolgt § 415 des B. G. B.

IX. Subjekt des Eigentümerpfandrechtes ist derjenige, der Eigentümer zu der Zeit ist, als das Eigentümerpfandrecht entsteht; s. oben. Besonderes ist hier zu sagen für den Fall, dass **zwischen** der Erklärung des **Verzichtes** und der **Eintragung** desselben in das Grundbuch das **Eigentum** an dem in Frage kommenden Grundstücke **wechselt.** Hier scheint es gerechtfertigt zu sein, das Eigentümerpfandrecht dem ersteren Eigentümer zuzusprechen: denn ihm gegenüber ist die Verzichtserklärung abgegeben, der Gläubiger hat aus irgend einem Grunde im Interesse dieses Eigentümers gehandelt. Allein Verzichtserklärung und Eintragung desselben sind einmal völlig gleichwertige Momente, und ein Eigentümerpfandrecht entsteht nur, wenn beide Erfordernisse vorhanden sind, also in unserem Falle zu der Zeit, wo der neue Erwerber Eigentümer ist. Dem ganzen Wesen des Eigentümerpfandrechtes entspricht es, dass nur der das Grundpfandrecht erwerben kann, der der Eigentümer ist zu der Zeit, wo das Eigentümerpfandrecht entsteht. Eine rückwirkende Kraft eines Entstehungsgrundes des Eigentümerpfandrechtes auf einen früheren Eigentümer ist nicht möglich. Dem widerspricht auch nicht der oben aufgestellte Grundsatz, dass im Falle einer Aufrechnung der frühere Eigentümer die Eigentümerhypothek erwirbt; denn in diesem Falle ist die Eigentümerhypothek eben schon mit dem Augenblicke vorhanden gewesen, in dem die

der Hypothek zu grunde liegende Forderung und die geltend gemachte Forderung aufrechnungsfähig waren: die Eigentümerhypothek ist nur noch nicht zu Tage getreten. Es unterliegt aber keinem Zweifel, dass der neue Erwerber, falls das Moment bei der Uebertragung des Eigentumes nicht in Berechnung gezogen worden ist, auf Kosten des früheren Eigentümers ungerechtfertigt bereichert ist. Der frühere Eigentümer kann demnach die Uebertragung des Eigentümerpfandrechtes auf seine Person verlangen § 812 des B. G. B. Diesen Anspruch auf Uebertragung kann er ausserdem noch durch Eintragung einer Vormerkung sichern lassen § 883 des B. G. B.

X. Wird der **Verzicht** erst erklärt, **nachdem die Zwangsvollstreckung bereits erfolgt ist,** so kann zwar ein Eigentümerpfandrecht nicht mehr entstehen; aber der betreffende Teil des Versteigerungserlöses gebührt dem Eigentümer; denn der Erlös aus aus dem Grundstücke tritt an Stelle des Grundstückes, aber nicht nur für den Gläubiger, sondern auch für den Eigentümer. Würde man anderer Ansicht sein,[5]) so würde der heute streng durchgeführte Grundsatz, dass die Grundpfandgläubiger eine Verbesserung durch Aufrücken nicht mehr ohne Willen des Eigentümers bewirken können, durchbrochen sein.

§ 9.

Das Eigentümerpfandrecht im Falle des Vorhandenseins einer *exceptio peremptoria* gegenüber dem dinglichen Rechte.

I. Nach dem Entwurfe I. § 1093 soll, wenn der Forderung eine Einrede entgegensteht, durch die die Geltendmachung des Anspruches auf Leistung dauernd ausgeschlossen wird, die mit der Forderung verbundene Hypothek erlöschen, sobald der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber erklärt, dass er die Einrede geltend mache. Die 4 Anträge wollen dagegen, falls eine solche Einrede entgegensteht, eine Eigentümerhypothek entstehen lassen, weichen

[5]) Entsch. R. G. LV. S. 260 ff.

aber in der Richtung ab, in welcher Weise dieselbe entstehen soll. Nach dem Antrage 2 erwirbt der Eigentümer ohne weiteres die Hypothek als Eigentümerhypothek, falls ihm eine derartige Einrede zusteht. Nach dem Antrage 3 und dem Eventualantrage 1 soll erforderlich sein, dass der Eigentümer die Einrede geltend mache. Nach dem Prinzipalantrage 1 und dem Antrage 4 (§ 1169 B. G. B.) soll der Eigentümer vom Gläubiger die Uebertragung als Eigentümerhypothek (Antrag 1) bezw. den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (Antrag 4) verlangen können. Die Mehrheit der Kommission war der Ansicht, dass es nicht angängig sei, an die blosse Existenz einer Einrede den Erwerb der Eigentümerhypothek zu knüpfen. Es sei von der Kommission aus praktischen Gründen das Prinzip aufgestellt, dass die blosse Existenz einer Einrede die Obligation regelmässig nicht aufhebe, dass vielmehr dem Schuldner nur ein Recht erwachse, die Erfüllung der Forderung zu verweigern, und dass beim Verzichte auf die Einrede die ursprüngliche Obligation weiter bestehe. Es wurde der Antrag 4 angenommen.[1])

II. Was versteht das B. G. B. nun unter „Einrede"?

Wir müssen drei Arten von Tatsachen unterscheiden, die der Geltendmachung eines Rechtes durch einen Gläubiger entgegenstehen. Hieher gehören zunächst die der normalen Rechtsbegründung entgegenstehenden, die sogenannten „rechtshindernden" Tatsachen. Liegt eine solche vor, so ist das betreffende Recht überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, z. B. Geschäftsunfähigkeit, Nichteintreffen einer Suspensivbedingung u. s. w. Die zweite Kategorie bilden diejenigen Tatsachen, die das zur Entstehung gelangte Recht wieder aufgehoben haben, die sog. „rechtsvernichtenden" Tatsachen. Hier ist Voraussetzung, dass das Recht völlig rechtsgiltig zur Entstehung gelangt ist, dass aber hinterher eine Tatsache eingetreten ist, die dasselbe wieder aufgehoben hat, z. B. Erfüllung, Rücktritt, Eintritt einer Resolutivbedingung u. s. w. Endlich das Recht ist zwar völlig korrekt zur Entstehung gelangt und besteht auch noch völlig zu Recht weiter, aber es steht dem Schuldner aus irgend einem Grunde ein Gegenrecht zu, kraft dessen er die geschuldete Leistung verweigern darf (Interessenkollision). Nur das letztere versteht das B. G. B. unter „Einrede",[2]) während die beiden ersteren

§ 9.

[1]) Prot. III. S. 601/2.

[2]) Mot. I. S. 359.

Kategorien von Tatsachen als „Einwendungen“ bezeichnet werden s. z. B. §§ 334, 417, 784, 796 u. s. w. Einrede ist also nicht ein Umstand, der von Rechts wegen ein Recht vernichtet, wirkt also nicht **dinglich** — absolut –, sondern gewährt nur dem Berechtigten. die Möglichkeit, die an und für sich begründete Verpflichtung zur Leistung verweigern zu dürfen, wirkt also nur **obligatorisch** — relativ —. Während also beim Vorhandensein einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsache das Recht des Gläubigers *ipso iure* nicht oder nicht mehr besteht, der Richter dies also von Amts wegen berücksichtigen und die Klage abweisen muss, wird die Einrede vom Richter nur dann berücksichtigt, wenn sie im Prozess vom Beklagten geltend gemacht wird, ist also ein nur im Prozess durchführbares („negatives“) Recht. Die Einreden des B. G. B. zerfallen in zwei Arten, einmal in die Einreden, die den Schuldner nur **vorübergehend** berechtigen, die Leistung zu verweigern *exceptiones dilatoriae, temporales* = aufschiebende Einreden § 202 Abs. 1 des B. G. B., z. B. *ius retensionis* § 273 Abs. 1 des B. G. B., *exceptio non adimpleti contractus* § 320 des B. G. B., *exceptio excussionis* § 771 des B. G. B. u. s. w., und in die Einreden, durch welche die Geltendmachung des Anspruches **dauernd** ausgeschlossen ist *exceptiones peremptoriae, perpetuae* z. B. § 222 Abs. 1 des B. G. B. Unter der ersteren Art von Einreden gibt es wieder solche, deren Geltendmachung im Prozess nicht zur Klageabweisung führt, sondern bei denen der Beklagte unter einer gewissen Modifikation verurteilt wird z. B. *exceptio non adimpleti contractus* § 322 des B. G. B., Einrede der beschränkten Erbenhaftung § 1990 des B. G. B.

III. Nach diesen allgemeinen Erörterungen zu unserem Paragraph zurück! Der § 1169 verlangt, dass eine „Einrede“ vorhanden ist; es wird also verlangt:

1. Dass die **Hypothek wirklich zur Entstehung gelangt** ist; dazu ist gemäss § 873 des B. G. B. die Einigung des Eigentümers und des Gläubigers und Eintragung in das Grundbuch erforderlich; fehlt eines dieser Momente, so ist eben eine Hypothek nicht entstanden, § 1169 kann also nicht zur An-

wendung kommen.[3]) Ist zwar das dingliche Recht zur Entstehung gelangt, nicht aber die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist, so ist von vornherein eine Eigentümerhypothek entstanden § 1163 Abs. 1, S. 1 des B. G. B. entsprechend der akzessorischen Natur der Hypothek.

2. Dass die **Hypothek noch zu Recht besteht**; ist das dingliche Recht aus irgend einem Grunde z. B. wegen Eintrittes einer Resolutivbewegung in Wegfall gekommen, so ist die Hypothek erloschen; ist nur die Forderung erloschen, so ist eine Eigentümerhypothek entstanden § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B. Beide Fälle treffen also ebenfalls nicht zu.

3. Dass ein **Gegenrecht des Eigentümers vorhanden** ist, kraft dessen er berechtigt ist, die Leistung und zwar **dauernd** zu verweigern. Das B. G. B. erlangt also eine *exceptio perpetua*. Diese Einreden können nun wiederum zweifacher Art sein, einmal solche Einreden, die der Geltendmachung der Forderung entgegenstehen und die damit auch dem dinglichen Rechte gemäss § 1137 entgegengesetzt werden können, und solche, die nur die Geltendmachung des dinglichen Rechtes verhindern, also auch bei Grundschulden und Rentenschulden Anwendung finden.[4]) Von den Einreden der ersteren Art scheidet kraft Gesetzes aus: die Einrede der Verjährung § 223 des B. G. B.[5]) Die anderen hier angeführten Einreden z. B. die Einrede der beschränkten Erbenhaftung dürften überhaupt nicht in Betracht kommen, da sie keine *exceptiones peremptoriae* sind. Einreden, die unter § 1169 fallen und zunächst nur der Geltendmachung der Forderung entgegenstehen, sind die Einrede der unerlaubten Handlung, die auch noch angebracht werden kann, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist § 853 des B. G .B., die Einrede, dass sich der Gläubiger verpflichtet hat, die Forderung nie geltend zu machen. Von den Einreden, die nur der Geltendmachung des dinglichen Rechtes entgegenstehen, kommen in Betracht: die Einrede der ungerechtfertigten

[3]) Staudinger zu § 1169 und Kindel S. 103 nehmen hier einen Fall des § 1169 an, diese Ansicht widerspricht aber völlig dem Wesen der Einrede.

[4]) A. M. Böhm S. 251.

[5]) Wenz justiz-dienstliche Rundschau 3. Jahrg. S. 260 ist anderer Ansicht.

Bereicherung § 821 des B. G. B., die ebenfalls angebracht werden kann, wenn der Anspruch auf Uebertragung des Grundpfandrechtes verjährt ist, die Einrede der unerlaubten Handlung, wenn z. B. der Gläubiger durch Betrug oder durch Nötigung für seine zu Recht bestehende Forderung eine Hypothek erlangt hat, die Einrede der Rechtskraft,[6]) endlich die Einrede, dass der Gläubiger sich verpflichtet hat, das dingliche Recht z. B. wegen anderweitiger Sicherheit nicht geltend zu machen.

IV. Hat der Gläubiger auf grund der Einrede auf sein Grundpfandrecht verzichtet, oder ist seine Verzichtserklärung auf grund rechtskräftigen Urteiles ersetzt worden § 894 des Z. P. O., und ist eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt, dann hat der derzeitige Eigentümer das Eigentümerpfandrecht erworben. Ist zwischen Verzichtserklärung bezw. rechtskräftiger Verurteilung und Eintragung ein Eigentumswechsel erfolgt, dann wie oben § 8 IX.

V. Da der Anspruch des Eigentümers auf Aufhebung des gläubigerischen Rechtes gerichtet ist, kann zur Sicherung des Anspruches eine **Vormerkung** in das Grundbuch eingetragen werden § 883 des B. G. B.[7]) Andererseits kann der Eigentümer mittels der Eintragung eines **Widerspruches** in das Grundbuch verhindern, dass ein gutgläubiger Dritter das Grundpfandrecht als nicht mit der Einrede behaftet erwirbt §§ 1138, 899 des B. G. B. Beide Eintragungen erfolgen auf grund einer einstweiligen Verfügung oder einer Bewilligung des Betroffenen §§ 885, 899 Abs. 2 des B. G. B.

§ 10.

Das Eigentümerpfandrecht im Falle der Ausschliessung des Gläubigers wegen Nichtausübung des Rechtes.

Die Vorschrift des § 1170 soll einen Ersatz dafür bieten, dass Ansprüche aus eingetragenen Rechten der Verjährung nicht unterliegen.

[6]) Hachenburg S. 236.
[7]) A. M. Fuchs S. 541.

I. 1. Zu den **materiellen Voraussetzungen** gehört zunächst „Unbekanntheit des Gläubigers". Es genügt nicht, dass der Aufenthalt des Gläubigers unbekannt ist, sondern der Gläubiger selbst muss unbekannt sein[1]). Unbekannt kann nun der Gläubiger sein einmal bei Buchpfandrechten in den Fällen des gesetzlichen Ueberganges des Grundpfandrechtes z. B. im Falle der Vererbung, andererseits bei Briefpfandrechten, da der Gläubiger sich nicht aus dem Grundbuche ergibt, sondern nur durch Besitz des Hypothekenbriefes und eine Reihe auf den ersten eingetragenen Gläubiger zurückführender öffentlicher Abtretungserklärungen sich legitimiren kann. Unbekannt dürfte aber auch der Gläubiger dann sein, wenn die in Frage kommende Person ihr Recht nicht nachweisen kann, z. B. weil sie die öffentlichen Urkunden verloren hat. Es kann nun wohl entgegengehalten werden, dass es unter Umständen jeden Augenblick möglich werden könne, dass der Gläubiger sein Verfügungsrecht nachweisen könne, indem z. B. die Urkunden wieder gefunden würden. Das ist aber in jedem Falle der Unbekanntheit des Gläubigers möglich. Kann eben der Gläubiger sein Verfügungsrecht nachweisen, oder erscheint plötzlich ein Gläubiger, der bisher unbekannt war, so kann er mittels der Anfechtungsklage die Wirkung des Ausschlussurteiles wieder aufheben. Hat jedoch vorher ein Dritter von dem Eigentümer dessen Pfandrecht erlangt, so ist er durch den guten Glauben geschützt.[2]) Andererseits kann ja der Zustand, dass der Gläubiger sein Verfügungsrecht nicht nachweisen kann, sehr lange Zeit andauern; dann würde aber der Eigentümer sehr schlecht gestellt sein: denn es wären ihm nicht nur die Vorteile des § 1170 des B. G. B., sondern auch die des § 1171 versagt; andererseits hätte der Eigentümer aber auch von einer Zahlung an den betreffenden Gläubiger keinen Vorteil, da einer Verwertung seines Eigentümerpfandrechtes der § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. und die §§ 1154. 1155 des B. G. B. entgegenstünden, und auch eine Löschung des Pfandrechtes nach § 19 der Gr. B. O. nicht durchgeführt werden könnte; andererseits wäre der Eigentümer jederzeit

§ 10.

[1]) Biermann S. 380, Gaupp-Stein, Struckmann-Koch und Seuffert zu § 985. A. M. L. G. Lissa Soergel Rspr. 1900/01 S. 137.

[2]) Fuchs S. 545, Planck 552 u. 568.

der Gefahr ausgesetzt, dass jetzt ein Dritter von ihm Zahlung verlangt, der sich als Gläubiger legitimieren könnte. Dem Eigentümer wäre mithin jede Möglichkeit benommen, die Hypothek abzuwälzen. Das wäre jedoch ein unhaltbarer Zustand. Wir müssen also behaupten, dass ein Gläubiger im Sinne der §§ 1170/71 des B. G. B. auch dann unbekannt ist, wenn er sein Verfügungsrecht nicht nachweisen kann.[3])

2. Als weitere Voraussetzung kommt hinzu, dass seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sein müssen. Es ist aber klar, dass darunter nicht alle Eintragungen in das Grundbuch zu verstehen sind, sondern nur solche, die eine Rechtsausübung des betreffenden Gläubigers enthalten, dass also nicht Vermerke von Amts wegen gemeint sind. Der § 1170 bezweckt einen Rechtsnachteil des Gläubigers, nämlich den Verlust seines Grundpfandrechtes: diesen Rechtsnachteil durch eine **eigene** Handlung abzuwenden, ist dem Gläubiger jederzeit freigestellt: macht aber der Gläubiger davon eine solange Zeit wie 10 Jahre keinen Gebrauch, so wird mit Recht vermutet, dass er auf sein Recht verzichten will. Warum sollte man da dem Gläubiger von der Handlung einer **dritten Person** Vorteile gewähren lassen? Das würde doch vollständig der Tendenz der Verjährung widersprechen s. § 209 des B. G. B. An einer Unterbrechung der Verjährung hat eben nur der Berechtigte Interesse; tut er nichts, dass die Verjährung unterbrochen wird, so geht er eben seines Rechtes verlustig. Immerhin steht ihm ja noch eine Anfechtungsklage zu Gebote. Ob sie Erfolg hat, ist freilich zweifelhaft.[4])

3. Dem Wesen der Verjährung entsprechend ist weiterhin erforderlich, dass der Eigentümer innerhalb der gesetzlichen Frist dem Gläubiger gegenüber nicht dessen Recht anerkannt hat durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung u. a. entsprechend § 208 des B. G. B.

4. Nicht dagegen wird gefordert, dass der Eigentümer behauptet, dass die Forderung erloschen ist.[5]) Ist die Forderung

[3]) Planck S. 566, Haidlen S. 417, Neumiller zu § 985, L. G. Bromberg Soergel Rspr. 1900/01 S. 137, Mot. III. S. 739; a. M. Biermann S. 380.

[4]) L. G. Lissa a. a. O. gegen Biermann S. 380.

[5]) Entwurf I. § 1103.

erloschen, dann hat er die Eigentümerhypothek nach § 1163 des B. G. B. erworben. Liegen ausserdem noch die Voraussetzungen des § 1170 des B. G. B. vor, so kommt er besser zum Ziel, wenn er diesen Paragraph zu Hilfe nimmt. Denn auf grund des Ausschlussurteiles kann er jederzeit das Grundbuch berichtigen § 22 Abs. 1 S. 1 der Gr. B. O., andererseits erhält er jederzeit einen neuen Hypothekenbrief ausgestellt § 67 der Gr. B. O.; er kann also jetzt sowohl sein Eigentümerbuch- als auch -briefpfandrecht auf bequeme Weise verwerten. Im anderen Falle muss der Eigentümer gegen den unbekannten Gläubiger die Berichtigungsklage gemäss §§ 894 ff. des B. G. B. stellen und zu diesem Zwecke einen Abwesenheitspfleger für den unbekannten Gläubiger erwirken gemäss §§ 1911, 1913 des B. G. B. Im ersteren Falle wird der objektiv schon früher eingetretene Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer allerdings erst für den Zeitpunkt des Ausschlussurteiles nachgewiesen.[6])

II. Das **formelle Verfahren** richtet sich nach §§ 982 bis 987 der Z. P. O. Die wesentlichen Momente sind: Antragsberechtigt ist der Eigentümer und die in § 984 Abs. 2 der Z. P. O. genannten Personen. Zuständig ist das Gericht *rei sitae*. Es muss glaubhaft gemacht werden, dass der Gläubiger unbekannt ist, und dass keine das Aufgebot ausschliessende Anerkennung des Rechtes des Gläubigers erfolgt ist. In dem Aufgebote ist als Rechtsnachteil anzudrohen, dass die Ausschliessung des Gläubigers mit seinem Rechte erfolgen werde.

III. Die **Wirkung** des Ausschlussurteiles besteht nicht, wie im Entwurf I § 1103, darin, dass der Eigentümer nunmehr die Löschung der Hypothek beantragen kann, sondern mit Erlassung des Ausschlussurteiles entsteht eine Eigentümerhypothek. Es soll[7]) der Eigentümer in die gleiche Lage versetzt werden, in der er sich befinden würde, wenn der eingetragene Gläubiger ihm eine löschungsreife Quittung erteilt hätte: das Ausschlussurteil soll die löschungsfähige Quittung[8]) ersetzen, auf grund deren der

[6]) Neumann S. 621.

[7]) Prot. III. S. 619.

[8]) Eine ungerechtfertigte Erinnerung aus dem preussischen Rechte! Gaupp-Stein zu § 986.

Eigentümer in die Lage versetzt ist, die Eigentümerhypothek zu erwerben. Das Ausschlussurteil betrifft nur das dingliche Recht und lässt die Forderung unberührt. Beide haben nunmehr ihre eigenen Schicksale. Es ist also klar, dass § 1170 auch auf Grund- und Rentenschulden Anwendung findet. Erwirbt ein Dritter das Grundpfandrecht, bevor eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt ist, so ist er durch seinen guten Glauben geschützt. Denn § 892 des B. G. B. bezieht sich nicht nur auf die eintragungsbedürftigen, nichteingetragenen Rechte, sondern auch auf die nichteingetragenen, nur eintragungsfähigen Rechte.[9]) Das Ausschlussurteil hat weiter zur Folge, dass der über das Grundpfandrecht ausgestellte Brief ohne besonderes Aufgebot kraftlos wird, ebenso wie wenn er auf grund des § 1162 des B. G. B. für kraftlos erklärt worden wäre. Erwirbt ein Dritter den Hypothekenbrief ohne Kenntnis von der Erlassung des Ausschlussurteiles, so ist er durch seinen guten Glauben nicht geschützt: denn einerseits teilt der Brief nicht den öffentlichen Glauben des Grundbuches, und andererseits wird die Kraftloserklärung selbst nicht gebucht.[10]) Ist der Eigentümer als Eigentümerhypothekar im Grundbuche eingetragen, so ist der Dritte erst recht nicht geschützt; denn bei Divergenz des Briefinhaltes mit dem Buchinhalte entscheidet das Buch. Auf grund der Vorlage des Ausschlussurteiles erfolgt nunmehr die Erteilung eines neuen Briefes § 67 der Gr. B. O. Dies ist im Grundbuche zu vermerken. § 68 Abs. 3 der Gr. B. O.; auf grund des neuen Briefes kann nunmehr jederzeit eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen. § 42 der Gr. B. O., s. auch Abs. 2.

IV. Das **Subjekt** des Eigentümerpfandrechtes ist der derzeitige Eigentümer, auch dann, wenn er nicht das Aufgebotsverfahren beantragt hat.[11]) Eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des früheren Eigentümers ist aber hierin entgegen den beiden früher erwähnten Fällen nicht zu erblicken, da ja eine Leistung von seiten des früheren Eigentümers in diesem Falle nicht vorliegt.

[9]) U. A. Planck S. 568, Biermann S. 381.
[10]) Planck S. 568, s. auch ebd. S. 551.
[11]) U. A. Biermann S. 381.

§ 11.

Das Eigentümerpfandrecht im Falle der Ausschliessung des Gläubigers bei einem fälligen oder kündbarem Grundpfandrechte.

Der Zweck dieser Bestimmung ist klar: „Der Eigentümer, der den Wunsch hegt, eine auf seinem Grundstücke haftende Hypothek abzustossen, kann hieran gehindert werden, weil der Gläubiger unbekannt ist und deswegen die Zahlung der fällig gewordenen Forderung nicht in Empfang nehmen oder das ihm zustehende Kündigungsrecht nicht ausüben kann. Der § 1171 soll in einem solchen Falle den Eigentümer zur Hinterlegung des geschuldeten Betrages verstatten."[1])

I. **Voraussetzung** des § 1171 ist: Unbekanntheit des Gläubigers (s o. § 10 I. 1), Berechtigung des Eigentümers zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung,[2]) Hinterlegung des geschuldeten Betrages bei einer Hinterlegungsstelle unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme, nicht dagegen ist erforderlich Ablauf einer bestimmten Zeit. Was das formelle Verfahren anlangt, so finden sich hier gegenüber § 1171 einige Besonderheiten: Der Antragsteller — d. i. nur der Eigentümer § 984 der Z. P. O. — muss sich vor Einleitung des Verfahrens zur Hinterlegung des dem Gläubiger gebührenden Betrages erbieten; ferner muss er glaubhaft machen, dass er zur Kündigung oder zur Befriedigung berechtigt ist, letzterenfalls sei es, dass die Forderung oder die Hypothek fällig ist, oder dass der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist § 1142 des B. G. B. In dem Aufgebote ist als Rechtsnachteil anzudrohen, dass der Gläubiger nach der Hinterlegung des ihm gebührenden Betrages seine Befriedigung statt aus dem Grundstücke nur aus dem hinterlegten Betrage erlangen könne, und dass sein Recht auf diesen erlösche, wenn er sich nicht vor dem Ablaufe von 30 Jahren nach Erlassung des Ausschlussurteiles bei der Hinterlegungsstelle melde.

§ 11.

[1]) Prot. III. S. 619.

[2]) S. Planck S. 461, 507, 509.

Das Ausschlussurteil endlich darf erst erlassen werden, wenn die Hinterlegung erfolgt ist. Die Hinterlegung ist also nicht Vorbedingung zur Einleitung des Verfahrens, wohl aber zur Erlassung des Urteiles.

Aus dem klaren Wortlaute des § 1171 des B. G. B. in Verbindung mit § 984 der Z. P. O. geht hervor, dass nur dem **Eigentümer** die Rechtswohltat des § 1171 zu teil wird, mag er nun zugleich der persönliche Schuldner sein oder nicht; nicht aber steht dem **persönlichen Schuldner**, der nicht der Eigentümer ist, der § 1171 zur Verfügung. Der persönliche Schuldner kann also nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 372 ff. über Hinterlegung vorliegen, seine Schuld abwälzen, und zwar erlangt er in dem Falle, dass er von dem Eigentümer Ersatz verlangen kann, gemäss § 1164 die Hypothek mit der Ersatzforderung, sonst erlangt der Eigentümer gemäss § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B. die Eigentümerhypothek.[3])

II. Bevor wir auf die Wirkungen des Ausschlussurteiles näher eingehen, wollen wir prüfen, **ob der § 1171 in der Praxis eine grosse Rolle spielen wird.** Es heisst in Absatz 2 dieses Paragraphen: „Mit der Erlassung des Ausschlussurteiles gilt der Gläubiger als befriedigt, soferne nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist." Liegen also die Voraussetzungen der Hinterlegung vor, und ist die Rücknahme der hinterlegten Summe ausgeschlossen, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte § 375 des B. G. B. Durch die Bewirkung der Leistung erlischt aber das Schuldverhältnis und damit die Forderung. Der Eigentümer erwirbt also gemäss § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B. mit der erfolgten Hinterlegung bezw. mit der Hingabe des Forderungsbetrages zur Post § 375 des B. G. B. die Eigentümerhypothek; nur dann, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, erlischt nicht die Forderung, sondern geht mit der dafür bestellten Hypothek auf ihn über §§ 1142 Abs. 2, 1143 des B. G. B. Wird nun ausserdem das Ausschlussurteil erlassen, so ändert dies an dem bereits erfolgten Uebergange der Hypothek auf den Eigentümer gar nichts, sondern hat nur

[3]) A. M. scheinen Biermann und Planck zu § 1171 zu sein.

zur Folge, dass der objektiv zwar schon früher eingetretene Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer erst für den Zeitpunkt des Ausschlussurteiles nachgewiesen wird. Weiter hat dies den Vorteil, dass der Eigentümer jetzt jederzeit in der Lage ist, seine Hypothek verwerten zu können, indem er jetzt nicht mehr eine Berichtigungsklage gemäss § 894 des B. G. B. gegen den unbekannten Gläubiger zu stellen braucht, sondern auf grund des Ausschlussurteiles das Grundbuch berichtigen § 22 der Gr. B. O. oder sich gemäss § 67 der Gr. B. O. einen neuen Brief ausstellen lässt. So kann er nunmehr auf die einfachste Weise seine Hypotkek weiter begeben. Die hier in Betracht kommende Voraussetzung der Hinterlegung „Unmöglichkeit der Erfüllung der Verbindlichkeit durch den Schuldner infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers" wird wohl in den weitaus meisten Fällen des § 1171 gegeben sein Es wird also dieser Paragraph im Falle der **Berechtigung** des Eigentümers zur **Befriedigung** nur dann vorkommen, wenn die Ungewissheit über die Person des Gläubigers seitens des Eigentümers auf Fahrlässigkeit beruht. Wohl aber kann der § 1171 in Betracht kommen, wenn der Eigentümer zwar nicht zur Befriedigung, jedoch zur **Kündigung** berechtigt ist: in diesem Falle gilt der Gläubiger nicht bereits mit der Hinterlegung befriedigt, sondern erst mit dem Augenblicke, wo die Hypothekforderung der Kündigung entsprechend fällig wird. Denn von diesem Augenblicke an kann sich der Gläubiger befriedigt machen. indem er erst jetzt von der Hinterlegungsstelle den hinterlegten Betrag fordern kann.[4]) Träte nun dieser Zeitpunkt, in dem die Forderung fällig wird, erst nach Erlassung des Ausschlussurteils ein, so gilt der Gläubiger jedoch nicht erst mit **diesem** Zeitpunkte als befriedigt, sondern gemäss § 1171 schon mit der Erlassung des Ausschlussurteiles.[5]) Man sieht also, dass die Erlassung des Ausschlussurteiles der späteste Termin ist, in dem die Befriedigung des Gläubigers als erfolgt gilt.

Andererseits sehen wir, dass der § 1171 materiell nur sehr selten vorkommen wird, dass aber deswegen von ihm praktisch umsomehr Gebrauch gemacht werden wird, als er eine bequeme

[4]) Planck u. Biermann a. a. O.

[5]) Nach Struckmann-Koch u. Gaupp-Stein zu § 987 gilt die Befriedigung des Gläubigers in dem Falle, dass der Eigentümer nur zur Kündigung berechtigt ist, immer erst mit der Erlassung des Ausschlussurteiles als erfolgt.

Verwertung des Eigentümerpfandrechtes ermöglicht; wir müssen aber noch weiter gehen und dem Eigentümer auch dann die Hypothek zubilligen, wenn das Ausschlussurteil erlassen ist, obwohl in Wirklichkeit die Voraussetzungen des § 1171 gar nicht vorliegen.[6]) Es ist eben Pflicht des das Urteil erlassenden Beamten, genau zu prüfen, ob die Voraussetzungen gegeben sind, und gegebenenfalls die Klage abzuweisen. Ist aber einmal das Urteil erlassen, so gilt die Befriedigung als erfolgt. Man sieht also, das Urteil, als eine kraft richterlicher Autorität vollzogene Handlung, hat ebenso konstitutive Wirkung, wie z. B. eine vom Standesbeamten vollzogene Ehe, obwohl der Eingehung der Ehe die Hinderungsgründe der §§ 1303, 1313 entgegenstehen. Dem Gläubiger steht es jedoch jederzeit frei, die Wirkung des Ausschlussurteiles durch eine innerhalb eines Monats nach erlangter Kenntnis von dem Urteile zu erhebenden Anfechtungsklage wieder zu beseitigen. Hat jedoch vorher ein Dritter das Eigentümerpfandrecht gutgläubig erworben, so ist er geschützt. Der Eigentümer, der die Hinterlegung nicht betätigt hat, ist aber dem Gläubiger auf grund ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet. Gegen den Richter wird der Gläubiger mit einer Schadensersatzklage nur auf grund § 839 des B. G. B. Abs. 2, § 336 des R. St. G. B. vorgehen können, wenn also der Richter vorsätzlich zum Vorteile des Eigentümers das Recht gebeugt hat, und die Anfechtungsklage nicht mehr möglich ist, z. B. wegen mangelnder Passivlegitimation.

III. Die **Wirkung** des Ausschlussurteiles besteht darin, dass mit der Erlassung desselben der Gläubiger als befriedigt gilt. Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so erlischt die Forderung; es entsteht die Eigentümerhypothek § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B. Ist der Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so erwirbt er die Forderung und damit die Hypothek § 1143 des B. G. B.[7]) Es kann ferner aber auch der § 1164 des B. G. B. in Betracht kommen allerdings in einer etwas anderen Weise, wie es Planck und Biermann meinen. Dies ist dann der Fall, wenn der Eigentümer nach der Hinterlegung, aber vor Erlassung des Ausschlussurteiles, das Eigentum an einen neuen Erwerber überträgt, aber gemäss § 416 des B. G. B. persönlicher Schuldner

[6]) Planck u. Biermann a. a. O.

[7]) U. A. Turnau-Förster zu § 1171 und Oberneck S. 910.

bleibt: in diesem Falle erwirbt der frühere Eigentümer, da mit Erlassung des Urteiles der Gläubiger als durch einen ersatzberechtigten persönlichen Schuldner befriedigt gilt, die Hypothek mit der Ersatzforderung gegen den Eigentümer. Eine weitere Wirkung des Urteiles besteht darin, dass der über die Hypothek ausgestellte Brief kraftlos wird: der Eigentümer bezw. der persönliche Schuldner kann gemäss § 67 der G. B. O. die Ausstellung eines neuen Briefes verlangen und dann die Hypothek beliebig weiter begeben bezw. sich auf grund des Antrages als Eigentümerhypothekar in das Grundbuch eintragen lassen gemäss § 42 Abs. 2 der Gr. B. O. Mit der Erlassung des Urteiles ist endlich der Gläubiger auf den hinterlegten Betrag angewiesen, sein Recht erlischt aber mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach Erlassung des Urteiles, wenn er sich nicht vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet. Der Hinterleger — dieser braucht also nicht identisch mit dem Eigentümer zur Zeit der Erlassung des Ausschlussurteiles zu sein — ist zur Rücknahme berechtigt. Der Nachsatz im Gesetze „auch wenn er auf sein Recht zur Rücknahme verzichtet hat" ist unnötig, da der Verzicht auf Rücknahme Vorbedingung der Erlassung des Ausschlussurteiles ist.

VI. Was nun das **Subjekt** des Eigentümerpfandrechtes anlangt, so ist zu unterscheiden, ob nur § 1171 in Betracht kommt, oder ob § 1171 mit § 378 konkurriert, oder endlich, ob eine Hinterlegung des Eigentümers mit einer solchen des persönlichen Schuldners konkurriert.

1. Im ersteren Falle erwirbt derjenige Eigentümer die Hypothek, der es im Augenblicke der Erlassung des Ausschlussurteiles ist, gleichgiltig ob er das **Aufgebot** beantragt hat oder nicht, gleichgiltig ob er die **Hinterlegung** vollzogen hat oder nicht.[8]) Hat der Eigentümer, der die Hypothek erwirbt, die Summe nicht hinterlegt, und ist dies bei Uebertragung des Eigentumes nicht in Berechnung gezogen, so kommen die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung in betracht §§ 812 ff. des B. G. B. Im Falle des

[8]) S. u. A. Planck und Biermann a. a. O. Achilles-Strecker S. 88 ist der Ansicht, dass der massgebende Zeitpunkt die Hinterlegung ist, da die Hinterlegung der Erlassung des Urteiles vorangehen muss; er verkennt aber den konstitutiven Charakter des Urteiles.

§ 1164 des B. G. B. erwirbt natürlich der **frühere** Eigentümer die Hypothek des Schuldners.

2. Ist nach den Regeln der Hinterlegung bereits vorher eine Befriedigung eingetreten, und hinterher noch das Urteil erlassen, so ändert dies, wie schon bemerkt, nichts an dem bereits erfolgten Erwerbe des Eigentümerpfandrechtes durch den Eigentümer, der die Hinterlegung betätigt hat — der nicht notwendig der das Aufgebot beantragende Eigentümer zu sein braucht —; das Urteil wirkt nur zu gunsten des materiell bereits erfolgten Ueberganges des Eigentümerpfandrechtes; hat das Eigentum nach Hinterlegung, aber vor Erlassung des Urteiles gewechselt, so ist der **frühere** Eigentümer Eigentümerhypothekar geblieben und kann nunmehr auf grund des Urteiles die ihm nach der Gr. B. O. zustehenden Rechte geltend machen. Noch etwas komplizierter wird die Sache, wenn es sich nur um eine Berechtigung zur **Kündigung** handelt, und das Eigentum zwischen Hinterlegung und Fälligwerden der Hypothekforderung gewechselt hat; hier erlangt die Hypothek der Eigentümer zur Zeit der Fälligkeit der Forderung, bezw. derjenige zur Zeit der Erlassung des Auschlussurteiles; jedoch eventuelle Verpflichtung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Hier kann der interessante Fall vorkommen, dass das Eigentum viermal wechselt, und während des jedesmaligen Eigentumes verschiedene rechtliche Folgen entstehen. Der erste Eigentümer bringt das Aufgebotsverfahren zur Einleitung durch seinen Antrag, der zweite hinterlegt den Forderungsbetrag, während der Zeit des Eigentumes des dritten wird die Hypothekforderung fällig, das Ausschlussurteil wird erlassen, nachdem ein vierter das Eigentum erlangt hat. Der dritte erwirbt die Hypothek, muss aber unter Umständen den zweiten schadlos halten.

3. Erfolgt sowohl von seiten des Eigentümers, als auch von seiten des persönlichen Schuldners im Falle des § 1164 des B. G. B. eine Hinterlegung — es ist dies ja möglich, indem die Hinterlegung nicht bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsortes zu erfolgen braucht § 374 Abs. 2 des B. G. B., — so kommt es darauf an, von wessen Seite zuerst die

Hinterlegung geschehen ist; vorausgesetzt, dass bei beiden die Voraussetzungen der §§ 272 ff. vorliegen, erwirbt derjenige die Hypothek, der zuerst hinterlegt hat; §§ 1143 bzw. 1164—378 des B. G. B.; denn mit der erstmaligen Hinterlegung ist bereits die Befriedigung erfolgt, eine zweite gibt es nicht mehr. Der zweite Hinterleger kann seinen Betrag zurückfordern. Erfolgt die Hinterlegung gleichzeitig von beiden, liegen aber bei dem Eigentümer die Voraussetzungen der Hinterlegung nicht vor, würde also der Eigentümer die Hypothek des Eigentümers erst mit der Erlassung des Ausschlussurteiles erlangen, so erwirbt der persönliche Schuldner die Hypothek des Schuldners nach §§ 1164 — 378 des B. G. B.; das auf grund des Aufgebotes des Eigentümers erfolgende Urteil ändert daran nichts mehr. Liegen aber auch beim Eigentümer die Voraussetzungen der Hinterlegung vor, so sind bei beiden sowohl beim Eigentümer als auch beim persönlichen Schuldner gleichzeitig die Voraussetzungen zum Erwerbe der Hypothek gegeben; es müsste also zugleich eine Hypothek des Eigentümers und eine Hypothek des Schuldners entstehen. Das ist aber nicht denkbar. Man wird dahin einen Ausweg finden können, dass man sagt: auf grund des Uebernahmevertrages § 415 des B. G. B. ist der Eigentümer dem persönlichen Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen; das ist hier geschehen; es wird also der persönliche Schuldner durch die Hinterlegung des Betrages durch den Eigentümer dem Gläubiger gegenüber befreit und kann seinen Betrag von der Hinterlegungsstelle zurückfordern; es entsteht daher eine Hypothek des Eigentümers nach § 1143 des B.G.B.

V. § 1171 gilt natürlich für **Grund-** und **Rentenschulden**; was jedoch die Wirkung der Befriedigung bei diesen Grundpfandrechten ist, ist oben unter § 7 VI. näher beleuchtet.

§ 12.

Das Eigentümerpfandrecht im Falle der Confusio.

Bei der Beantwortung der Frage, inwieweit durch Vereinigung von Berechtigung und Verpflichtung in einer Person ein Eigentümerpfandrecht entsteht, müssen wir drei Fälle scheiden:

1. Hier kommt zunächst der Fall, dass nur die persönliche Schuld und Forderung in einer Hand sich vereinigen, z. B. der persönliche Schuldner beerbt den Gläubiger oder umgekehrt; in diesen Fällen erlischt nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes die Forderung; der persönliche Schuldner wird frei; die Eigentümerhypothek wird von dem Eigentümer erworben § 1163 Abs. 1 S. 2 des B. G. B., es müsste denn sein, dass der persönliche Schuldner von dem Eigentümer im Falle einer Befriedigung Ersatz verlangen könnte; hier würde der persönliche Schuldner die Hypothek des Schuldners erlangen § 1164 Abs 2.
2. Der zweite Fall ist der, dass der persönlich haftende Eigentümer und Gläubiger eine Person werden; hier erlischt ebenfalls die Forderung; die Hypothek wird zur Eigentümerhypothek.
3. Endlich der dritte Fall: nur dingliches Recht und dingliche Schuld werden in einer Person vereinigt; dies ist einmal der Fall bei Grund- und Rentenschulden; ferner bei Hypotheken hinsichtlich des nicht persönlich haftenden Eigentümers, und zwar in beiden Fällen, entweder, wenn der Eigentümer den Gläubiger, oder dieser den Eigentümer beerbt, oder wenn der Gläubiger das Eigentum an dem ihm verpfändeten Grundstücke erwirbt, oder wenn der Gläubiger dem Eigentümer aus irgend einem Grunde (ungerechtfertigte Bereicherung) das Grundpfandrecht überträgt. Nach den allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen § 889 des B. G. B. erlischt in diesen Fällen das Grundpfandrecht nicht, sondern geht auf den Eigentümer über, und zwar in dem einen Falle als Eigentümergrund-

schuld, in dem andern als Hypothek des Eigentümers, indem die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner kraft Erbganges oder Vereinbarung auf den Eigentümer mit übergeht §§ 401, 412, 1153 des B. G. B., oder beim Gläubiger verbleibt § 1177 Abs. 2 des B. G B. Es liegt also hier ein Fall vor, in dem dem Eigentümer sowohl Hypothek als auch Forderung zusteht § 1177 Abs. 2 des B. G. B.

§ 13.

Die Eigentümerpfandrechte der Zivilprozessordnung.

I. Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung findet in das bewegliche Vermögen (Pfändung von Geld, anderen Mobilien, Forderungen und anderen vermögensrechtlichen Ansprüchen) oder in das unbewegliche Vermögen statt. Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück geschieht wieder durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Die Eintragung einer Sicherungshypothek findet nicht statt auf grund eines Vollstreckungsbefehles § 699 der Z. P. O., auf grund eines anderen Schuldtitels nur für eine den Betrag von 300 ℳ übersteigende Forderung § 866 der Z. P. O. Die Eintragung in das Grundbuch erfolgt gemäss § 867 der Z. P. O. auf den Antrag des Gläubigers. Mit der Eintragung entsteht die Hypothek. Die sonst erforderliche Einigung wird durch den vollstreckbaren Titel ersetzt. Es müssen also alle Bedingungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung vorhanden sein, §§ 704—802 der Z P. O. Die Eintragung setzt voraus, dass der Schuldner als Eigentümer eingetragen ist § 40 der Gr. B O., ausser im Falle eines Erbganges § 41 der Gr. B. O. Widrigenfalls muss vorgängige Eintragung des Eigentümers erfolgen entweder gemäss §§14 und 22 der Gr. B. O. oder durch vorgängige Pfändung des Anspruches des Schuldners auf Grundbuchberichtigung s. u. § 894 des B. G. B., § 857 der Z. P. O. Nach dem Entwurfe I. § 1133 sollte bei bestimmten Voraussetzungen der Eigentümer das Recht erlangen, die Zwangshypothek löschen zu lassen. Dem gegenüber wurde

der Antrag gestellt, unter den gegebenen Voraussetzungen eine Eigentümerhypothek entstehen zu lassen in der Erwägung, dass das Institut der Eigentümerhypothek auf dem Gedanken beruhe, dass jede, einer anderen Hypothek nachstehende Hypothek die dauernde Beschränkung durch die vorangehende Hypothek in sich trage, und dass dieser Gedanke nicht minder zutreffe, wenn der nachstehenden Hypothek eine Zwangshypothek, oder wenn ihr eine freiwillige bestellte Hypothek vorgehe. Der Antrag wurde angenommen, die Bestimmung aber in das Zivilprozessrecht verwiesen.[1])

Die Entstehung der Eigentümerhypothek bei der Zwangshypothek — Aufhebung des Titels durch eine vollstreckbare Entscheidung (vollstreckbares Urteil oder einen Beschluss § 794 Nr. 4 der Z. P. O.), Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit § 718 der Z. P. O., Unzulässigkeitserklärung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung §§ 732, 766, 767 ff., 771 ff. der Z. P. O., Anordnung der einstweiligen Einstellung der Vollstreckung und gleichzeitige Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln §§ 707, 719, 769, 771 der Z. P. O., Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassen ist, — beruht auf dem Grundsatze, dass die als auf einem vollstreckbaren Titel beruhende Hypothek dann erst wieder ihre Kraft verlieren müsse, wenn der vollstreckbare Titel wieder in Wegfall kommt, und das ist wieder nur möglich durch eine gerichtliche Entscheidung. Es ist also klar, dass die sonstigen Entstehungsgründe der Eigentümerhypothek nicht an und für sich Platz greifen können. Es erwirbt daher der Eigentümer bei einer Zwangshypothek, wenn es sich herausstellt, dass in Wirklichkeit die Forderung, deretwegen die Zwangshypothek eingetragen wurde, gar nicht zur Entstehung gelangt war oder wieder erloschen ist, zwar sofort die Eigentümerhypothek, aber er muss erst gemäss § 767 der Z. P. O. im Wege der Klage beim Prozessgerichte I. Instanz urteilsmässig feststellen lassen, dass die Forderung überhaupt nicht bestanden hat bezw. wieder erloschen ist, um über die Eigentümerhypothek verfügen zu können.[2])

[1]) Prot. III. S. 776, VI. S. 739.

[2]) Bgl. des Verzichtes auf die Hypothek s. O. L. G. Dresden Rspr. III. S. 442, Bayr. O. L. G. II. S. 64 ff., Gaupp-Stein zu § 868.

II. Der Arrest ist lediglich Sicherungsmittel für künftige Vollstreckung von Geldforderungen oder von solchen Ansprüchen, die in eine Geldforderung übergehen können. Voraussetzung ist „Arrestgefahr", d. h. Besorgnis der Vereitelung oder Erschwerung der künftigen Vollstreckung. Man unterscheidet dinglichen und persönlichen Arrest. Der dingliche Arrest findet statt sowohl in das bewegliche als auch in das unbewegliche Vermögen, ersterenfalls durch Pfändung, letzterenfalls durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung §§ 916 ff. Bezüglich der Entstehung der Eigentümerhypothek bei der Arresthypothek finden die oben bei der Zwangshypothek aufgestellten Grundsätze entsprechende Anwendung § 932 Abs. 2 der Z. P. O.

III. Abschnitt.

Inhalt des Eigentümerpfandrechtes.

§ 14.

I. Gemäss § 873 des B. G. B. bedarf es zur Uebertragung eines Buchpfandrechtes der Einigung und Eintragung in das Grundbuch, bezw. bei einem Briefpfandrechte nach § 1154 des B. G. B. der Uebergabe des Briefes und einer schriftlichen Abtretungserklärung seitens des früheren Gläubigers. Dieses ist aber nicht nötig bei dem Uebergange eines Grundpfandrechtes auf den Eigentümer, sondern der Uebergang vollzieht sich kraft Gesetzes, sobald einer der vorerwähnten Entstehungsgründe gegeben ist, ohne dass es einen Akt der Uebertragung bedarf. Eine Eintragung des Ueberganges des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer in das Grundbuch bezw. Uebergabe des Briefes mit schriftlicher Abtretungserklärung des Gläubigers ist also nicht konstitutiv, sondern nur deklaratorisch, sie hat nur die Bedeutung, dass der materiell schon erfolgte Uebergang oder die sofortige Zuständigkeit **nach aussen** sich kundgibt.

Da nun der Uebergang kraft Gesetzes sich vollzieht, so nimmt er nicht Anteil an dem öffentlichen Glauben des Grundbuches § 892 des B. G. B. Daraus sind folgende Konsequenzen zu ziehen. Der Scheineigentümer kann niemals das Eigentümerpfandrecht erwerben weder durch Befriedigung des Gläubigers noch dadurch, dass der Gläubiger auf sein Grundpfandrecht verzichtet. Aber auch der wahre Eigentümer erwirbt das Grundpfandrecht nicht. Ist der Verzicht dem Scheineigentümer gegenüber ausgesprochen, so fehlt es dem wahren Eigentümer gegenüber an den Voraussetzungen des § 1168 des B. G. B. Ist der Verzicht ihm gegenüber ausgesprochen, so liegen zwar die Voraussetzungen des § 1168 des B. G. B. vor, aber es greift nicht § 892 des B. G. B. Platz, und auch § 893 des B. G. B. kann nicht in Betracht kommen; denn das fälschlich eingetragene

Recht ist nicht das Grundpfandrecht, sondern das Eigentumsrecht, und das Rechtsgeschäft, das eine Verfügung über das fälschlich eingetragene Recht enthält, geht das richtig eingetragene Recht, das Grundpfandrecht, und nicht das fälschlich eingetragene Recht, das Eigentumsrecht, an. Dasselbe gilt, wenn der Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber ausgesprochen ist.[1]) Befriedigt dagegen der eingetragene Eigentümer einen eingetragenen Scheingläubiger, so wird er durch seinen guten Glauben befreit, geradeso wie wenn er an den Berechtigten geleistet hätte; denn dem Eigentümer gegenüber gilt der fälschlich eingetragene Nichtgläubiger als Berechtigter §§ 892, 893 des B. G. B. Andererseits greift zu gunsten des durch die Befriedigung des Gläubigers erfolgten Ueberganges des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer der öffentliche Glaube des Grundbuches gemäss § 892 des B. G. B. nicht Platz, da es sich eben nicht um eine **rechtsgeschäftliche** Uebertragung eines Rechtes an einem Grundstücke handelt. Dadurch käme aber der Eigentümer in eine missliebige Lage: durch die Leistung an den Scheingläubiger wird der Eigentümer auch gegenüber dem nichteingetragenen Gläubiger befreit, er ist aber nicht in der Lage, durch diese Befriedigung des Gläubigers das Eigentümerpfandrecht zu erwerben. Wir müssen daher annehmen, dass unter gewissen Voraussetzungen § 893 des B. G. B. eine Ausnahme von dem im vorhergehenden Paragraph aufgestellten Grundsatze, dass sich der öffentliche Glaube des Grundbuches nur auf rechtsgeschäftliche Uebertragung des Rechtes an einem Grundstücke bezieht, zulässt.[2]) Verzichtet der Scheingläubiger gegenüber dem Eigentümer auf sein Grundpfandrecht, so greift § 893 des B. G. B. ebenfalls Platz; denn es wird zwischen dem eingetragenen Nichtberechtigten und dem Eigentümer in Ansehung des Rechtes des ersteren ein einseitiges Rechtsgeschäft abgeschlossen, das eine Verfügung über dieses Recht enthält; es gilt demnach zu gunsten des Eigentümers der Nichtberechtigte als berechtigt. Gemäss § 892 des B. G. B. wäre auch hier der Uebergang des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer ausgeschlossen, wir müssen aber auch hier das oben

§ 14.

[1]) Fuchs S. 539, Bruck S. 221 gegen Biermann zu § 1168.

[2]) Bruck und Biermann a. a. O.

Gesagte analoge Anwendung finden lassen und dem Eigentümer das Eigentümerpfandrecht zusprechen[3]). Etwas anderes ist es, wenn der Verzicht gegenüber dem Grundbuchamte ausgesprochen wird. Bei den Beratungen der Kommission[4]) wurde in dieser Hinsicht vorgebracht: „Derjenige, zu dessen gunsten der Verzicht erklärt ist, soll in seinem nach Lage des Grundbuches begründeten Vertrauen auf die Wirksamkeit des Verzichtes nicht getäuscht werden. Wird aber der Verzicht vor oder gegenüber dem Grundbuchamte abgegeben, muss das gleiche gelten, wenn man das Grundbuchamt gewissermassen als empfangsberechtigten Vertreter des Eigentümers auffasst. Diese Auffassung ist jedoch nicht schlechthin zulässig: vielmehr wird die Rechtssprechung im einzelnen Falle zu untersuchen haben, ob diese Auffassung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles gerechtfertigt erscheint". Das letztere wird jedoch dann immer der Fall sein, wenn der Verzicht abgegeben ist, weil der Eigentümer z. B. ein anderes Grundstück verpfändet oder eine bewegliche Sache als Faustpfand gegeben oder bei der Grundschuld eine Zahlung gemacht hat.[5])

II. Wir müssen, wie schon bei Beginn der Abhandlung angedeutet wurde, drei verschieden geartete Fälle von Eigentümerpfandrechten unterscheiden:

1. Das Eigentümerpfandrecht, das aus der Hypothek hervorgegangen ist, wobei aber dem Eigentümer die Forderung nicht zusteht = **Eigentümerhypothek**;
2. Das Eigentümerpfandrecht, das aus der Hypothek hervorgegangen ist, und bei welchem dem Eigentümer auch die Forderung zusteht = **Hypothek des Eigentümers**:
3. Das Eigentümerpfandrecht, das aus der Grundschuld hervorgegangen ist, wo also niemals eine Verbindung mit einer Forderung vorhanden war = **Eigentümergrundschuld.**

Sehen wir uns nunmehr die einzelnen Eigentümerpfandrechte näher an!

Die Hypothek ist ein akzessorisches Recht d. h. sie ist streng abhängig von der Forderung des Gläubigers, zu deren

[3]) A. M. Fuchs a. a. O.

[4]) Prot. III. S. 87.

[5]) Planck S. 115 gegen Biermann u. Bruck a. a. O., Staudinger zu § 893.

Sicherung sie bestimmt ist. Ist nun die Forderung nicht vorhanden, sei es, dass sie überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist, sei es, dass sie wieder erloschen ist, oder ist die Verbindung zwischen ihr und der Hypothek für immer gelöst wie z. B. beim Verzichte des Gläubigers auf die Hypothek oder beim Ausschlussurteile infolge Zeitablaufes, so ist klar, dass die Hypothek damit ihren Zwecke zu erfüllen nicht mehr im stande ist. Dies hat zweierlei zur Folge: einerseits muss der Gläubiger, dem die Forderung hätte zustehen sollen bezw zugestanden ist, der Hypothek verlustig gehen, sie geht auf den Eigentümer über; andererseits muss die Hypothek, da sie nicht mehr ihren Zweck erfüllen kann, ihren rechtlichen Charakter ändern, sie kann nicht mehr Hypothek bleiben, sondern sie muss in das Grundpfandrecht übergehen, bei dem eine rechtliche Verbindung zwischen dinglichem Rechte und Forderung nicht besteht. Diesem Gedanken ist im § 1177 Abs. 1 des B. G. B. Ausdruck verliehen, wenn es dort heisst: „Die **Hypothek verwandelt sich in eine Grundschuld.**" Die Eigentümerhypothek stellt sich eben, wie die Grundschuld, als eine abstrakte Belastung des Grundstückes dar, und man muss den Anschein zu vermeiden suchen, als sei die Eigentümerhypothek ihrem Wesen nach ein von der Grundschuld verschiedenes Rechtsverhältnis, während sie in Wirklichkeit der Grundschuld gleichsteht.[6]) Die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld ist eben eine Folge des im Bürgerlichen Gesetzbuche noch ziemlich konsequent durchgeführten Prinzipes der akzessorischen Natur der Hypothek. Auf den ersten Augenblick erweckt es den Anschein, als beträfe § 1177 Abs. 2 nur die Fälle der Eigentümerhypothek, die eine vorhergehende zu Recht bestehende Hypothek voraussetzen, also die im II. Abschnitt unter B geschilderten Fälle der Eigentümerhypotheken. Allein wir werden den Paragraph so auslegen müssen, dass auch die Eigentümerhypothek in eine Grundschuld sich verwandelt, die von Anfang an dem Eigentümer zusteht; denn auch bei dieser Eigentümerhypothek treffen die Voraussetzungen der Umwandlung in eine Grundschuld: „Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Person, ohne dass auch die Forderung dem Eigentümer zusteht", zu.[7])

[6]) Prot. III. S. 722.

[7]) Entsch. R. G. LI. S. 44, 116, LII. S. 9, Martinius Gruch. Beitr. XLIV. S. 383, Planck S. 585, Fischer-Henle zu § 1163.

Anders ist es in den Fällen der **Hypothek des Eigentümers.** (Befriedigung des Gläubigers durch den nicht persönlich haftenden Eigentümer § 1143 des B. G. B., Ausschluss des Gläubigers durch den nicht persönlich haftenden Eigentümer im Aufgebotsverfahren mittels Hinterlegung §§ 1171, 1143 des B. G. B., Vereinigung von Hypothek und Eigentum in der Hand des nicht persönlich haftenden Eigentümers § 889 des B. G. B.) Hier fällt dem Eigentümer nicht nur das dingliche Recht, sondern auch die Forderung zu. Aber es ist klar, dass die Hypothek während der Dauer der Vereinigung ihren Zweck, dem Gläubiger d. i. eben dem Eigentümer Befriedigung wegen der Forderung zu verschaffen, zu erfüllen nicht im stande ist. Was der Eigentümer aus seinem eigenen Grundstücke bei der Zwangsvollstreckung erhält, das erhält er nicht als Befriedigung, weil ihm geleistet wird, was bisher ausserhalb seines Vermögens war, sondern weil lediglich ein Bestandteil seines Vermögens in Geld umgesetzt wurde. Die Hypothek sichert nicht die Forderung, sondern schränkt lediglich die nachstehenden Rechte zu gunsten des Eigentümers ein. Also auch hier sollte sich eigentlich die Hypothek in eine Grundschuld verwandeln. Allein es ist möglich, dass der Eigentümer die Wiederherstellung der alten Verbindung zwischen Hypothek und Forderung will sei es durch Abtretung seiner Hypothek an einen Dritten oder durch Zurückbehaltung der Hypothek bei Veräusserung des Grundstückes. In diesen Fällen ist es für den Eigentümer der bequemste Modus — denn es bedürfte sonst der Umwandlung gemäss § 1198 des B. G. B. — wenn die Hypothek sich nicht in eine Grundschuld verwandelt, sondern Hypothek bleibt, und der Eigentümer nur für die Dauer der Vereinigung die Rechte eines Grundschuldgläubigers geniesst.[8]) Auf diesem Gedanken beruht die Bestimmung des § 1177 Abs. 2 des B. G. B., dass sich bei der Hypothek des Eigentümers die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften richtet.

Ueber die Eigentümergrundschuld ist nichts Besonderes zu sagen. Sie ist eine Grundschuld, die also nichts mit einer Forderung zu tun hat, und bei der lediglich Gläubiger und Eigentümer eine Person sind: gleichgiltig ist, ob sie von Anfang dem Eigentümer

[8]) Prot. III. S. 723.

zusteht §§ 1196, 1163 Abs. 2, 1192 des B. G. B., oder erst auf ihn übergeht.

Vergleichen wir nunmehr die drei Eigentümerpfandrechte mit einander, so finden wir, dass **zwischen Eigentümerhypothek und Hypothek des Eigentümers während der Dauer der Vereinigung ein rechtlicher Unterschied nicht besteht.** Der Unterschied tritt erst zutage, wenn die Vereinigung aufgehoben wird. Bei der Eigentümerhypothek ist die Trennung der Hypothek von der Forderung eine endgiltige; der Eigentümer kann daher in keiner Weise die alte Verbindung wiederherstellen; er kann zwar nach B. G. B. die Eigentümerhypothek wieder mit einer **neuen** Forderung verbinden (§ 15), aber die **alte** Hypothek kann er nicht abtreten, er kann unmittelbar nur eine Grundschuld abtreten. Die Hypothek des Eigentümers kann der Eigentümer dagegen jederzeit, so, wie sie früher bestanden, abtreten bezw. bei Veräusserung des Grundstücks zurückbehalten. Mit der Aufhebung der Vereinigung lebt die alte Hypothek ipso iure wieder auf. Zwischen der Eigentümerhypothek und der Hypothek des Eigentümers einerseits und der Eigentümergrundschuld andererseits besteht nun, solange die Vereinigung andauert, der einzige Unterschied, dass in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes die für die Hypothek getroffenen Bestimmungen massgebend bleiben § 1177 des B. G. B. Es gelten damit die Vorschriften der §§ 1193, 1194 B. G. B. nicht für die Eigentümerhypothek und die Hypothek des Eigentümers. Diese Unterschiede können aber auch durch Vereinbarung ausgeglichen sein; sie sind also nicht wesentlich. Man kann daher getrost die Behauptung aufstellen, dass die drei Eigentümerpfandrechte während der Dauer der Vereinigung einander gleich sind.

Ist aber die **Vereinigung aufgehoben,** so verschwindet einerseits der Unterschied zwischen Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld; beide sind mit der Aufhebung der Vereinigung Grundschulden, und es gelten für beide fürderhin nur mehr die in § 1192 ff. enthaltenen Regeln über die Grundschuld; andererseits kommt bei der Hypothek des Eigentümers die Forderung wieder zur Geltung, die Hypothek des Eigentümers wird wieder zur Hypothek und kann daher unmittelbar d. h. ohne einen vorgängigen Umwandlungsakt nur als Hypothek abgetreten bezw. zurückbehalten werden. Der Unterschied zwischen den Eigentümerpfand-

rechten kommt also erst zur Geltung mit dem Augenblicke, wo sie ihren Charakter als Eigentümerpfandrechte verlieren: Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld werden Grundschulden und können unmittelbar nur als solche abgetreten bezw. zurückbehalten werden; die Hypothek des Eigentümers nimmt ihren alten Charakter als Hypothek an. Während der Vereinigung bestehen also nur theoretische Unterschiede.

III. Was nun die **Rechte des Eigentümerhypothekars** anlangt, so zählt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 1197 nur die Rechte auf, die dem Eigentümer versagt sind; es ist also *e contrario* der Schluss zu ziehen, dass im übrigen dem Eigentümer die sämtlichen Rechte eines Gläubigers zustehen.

1. Zu den kraft positiver Bestimmungen ausgeschlossenen Rechten gehört zunächst die Befugnis eines jeden Gläubigers, die Zwangsversteigerung in das Grundstück zu betreiben. Es könnte zwar der Betrieb der Zwangsvollstreckung für den Eigentümer dann von grossem Nutzen sein, wenn er sich gegen nachstehende Gläubiger richten und die Befreiung des Grundstückes von nacheingetragenen Belastungen zur Folge haben würde. Allein ein derartiger „Selbstbetrieb" des Eigentümers kann nicht gestattet werden, weil derselbe hierbei eine doppelte in sich widerspruchsvolle Rolle übernehmen würde.[9]) Der Eigentümer kann eben den eigentlichen Zweck der Zwangsvollstreckung, dem Gläubiger wegen seiner Forderung Befriedigung zu verschaffen, nicht erreichen, da er den auf ihn fallenden Teil des Versteigerungserlöses nicht als Gläubiger, sondern als Eigentümer erhält. Er würde also mit dem Betriebe der Zwangsversteigerung nur den Nebenzweck verfolgen, sein Grundstück für einen möglichst geringen Preis wieder zu erstehen und durch die Zwangsversteigerung die ihm nachfolgenden Rechte zum Erlöschen zu bringen. Andererseits würde dadurch die Erlangung von Nachhypotheken notwendigerweise wesentlich erschwert werden, wenn der Nachhypothekar sich der Gefahr ausgesetzt sähe, dass der Eigentümer durch den Erwerb einer Vorhypothek sich das Recht zum Betriebe der Zwangsversteigerung verschaffen und dadurch die Nachhypothek zum Erlöschen bringen könnte.[10])

[9]) Mot. III. S. 679.

[10]) Prot. III. S. 573.

2. Wie nun dem Eigentümer die Befugnis untersagt ist, die Zwangsversteigerung in sein eigenes Grundstück zu betreiben, so gebühren ihm Zinsen auch nur von dem Zeitpunkte an, wo das Grundstück zum Zwecke der Zwangsverwaltung beschlagnahmt wird, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung. Zinsen sind[11]) kaum anders zu betrachten, als eine Belastung der Einkünfte des Grundstückes. Solange nun dem Eigentümer die Einkünfte gebühren, ist ein Zinsenrückstand nicht denkbar Erst wenn durch die Beschlagnahme des Grundstückes zum Zwecke der Zwangsverwaltung dem Eigentümer die Einkünfte entzogen werden, erwacht das Recht auf Verzinsung des Betrages der Eigentümerhypothek. Von diesem Zeitpunkte an müssen dem Eigentümer Zinsen zugestanden werden, damit nicht die gleich- und nachstehenden Gläubiger zum Nachteile der Eigentümerhypothek einen Vorteil erlangen, auf den sie keinen Anspruch haben. Der Zinsenanspruch steht dem Eigentümer auch dann zu, wenn gleichzeitig das fragliche Grundstück unter Zwangsversteigerung gestellt wird; der Anspruch hört aber auf mit dem Zuschlage; denn es ist nicht möglich, dass der Zinsenanspruch auf die Versteigerungsmasse übertragen werden d. h. gegen den Versteigerungserlös liquidiert werden kann.[12])

3. Es müssen aber auch dem Eigentümer alle die Rechte versagt werden, die dem Gläubiger zustehen, wenn der Eigentümer die Betreibung der Zwangsvollstreckung gefährdet §§ 1133—1135. Denn es ist klar, dass der Eigentümer als Eigentümerhypothekar nicht gegen sich selbst als Eigentümer des Grundstückes Sicherheitsmassregeln haben kann.

Mit Ausnahme dieser Rechte stehen also dem Eigentümer alle Rechte eines Gläubigers zu: er kann das Eigentümerpfandrecht auf seinen Namen umschreiben oder er kann es löschen lassen; er kann den Rang desselben gemäss § 880 des B. G. B. ändern mit Zustimmung des zurücktretenden Gläubigers: oder aber er kann seinen Inhalt ändern, indem er das Buchpfandrecht in ein Briefpfandrecht umwandelt oder umgekehrt, oder indem er das Eigentümerpfandrecht in ein anderes Eigentümerpfandrecht verwandelt; er kann es abtreten, als Vermächtnis zuwenden, ver-

[11]) Mot. III. S. 734.

[12]) R. G. J. W. 1905 S. 342.

pfänden; als ein selbständiges Vermögensrecht kann es ebenso auch von den Gläubigern des Eigentümers gepfändet werden; es fällt daher auch gemäss § 1 der K. O. in die Konkursmasse des Eigentümers, und es stehen darnach alle Rechte des Eigentümerhypothekars dem Konkursverwalter zu. Bei der Zwangsversteigerung findet es, wie jedes Grundpfandrecht, Berücksichtigung bei Feststellung des geringsten Gebotes und des Teilungsplanes. Kurz, es ist ein selbständiges, vom Eigentumsrechte völlig unabhängiges Vermögensrecht, das die Schicksale des Eigentumsrechtes in keiner Weise zu teilen braucht. Die Selbständigkeit desselben zeigt sich insbesondere in vollstem Lichte in dem Augenblicke, wo die Vereinigung aufhört. Jetzt sind die beiden Rechte nicht im geringsten Zusammenhange mit einander; jetzt streift aber auch das Eigentümerpfandrecht die Fesseln ab, die ihm während der Vereinigung auferlegt sind; jetzt ist wieder eine vollkommene Hypothek oder Grundschuld oder Rentenschuld vorhanden, gleichgiltig, ob das Eigentümerpfandrecht seinen Herrn gewechselt hat, oder das Eigentum am Grundstücke.

A. Doch nunmehr hinsichtlich der Rechte des Eigentümers einige Einzelheiten! Sehen wir uns zunächst an, in welcher Weise der frühere Gläubiger durch die Entstehung des Eigentümerpfandrechtes in Mitleidenschaft gezogen wird! Sobald der Entstehungsgrund des Eigentümerpfandrechtes gegeben ist, steht das Grundbuch mit der wahren Rechtslage nicht mehr im Einklange. Denn formell ist der alte Gläubiger Gläubiger geblieben, während materiell der Eigentümer an seine Stelle getreten ist. Es kann also der Eigentümer von dem Gläubiger gemäss § 894 des B. G. B. verlangen, dass dieser zur Berichtigung des Grundbuches seine Einwilligung erteile, dass er also darin einwillige, dass das Grundpfandrecht auf den Namen des Eigentümers umgeschrieben werde. Die Form der Einwilligung zu dieser Eintragung ist in der Grundbuchordnung bestimmt; sie muss entweder notariell beglaubigt oder vor dem Grundbuchamte abgegeben sein §§ 19, 29 der Gr. B. O. Liegt diese Eintragungsbewilligung in gehöriger Form vor, und ist der nach § 30 der Gr. B. O. formlose Eintragungsantrag gestellt, so ist der Grundbuchrichter gehalten, die Umschreibung des Grundpfandrechtes auf den Namen des Eigentümers zu betätigen §§ 13, 19 der Gr. B. O. Eine trotz

des Fehlens dieser beiden formellen Voraussetzungen vollzogene Eintragung ist aber giltig. In vielen Fällen aber wird sich die Umschreibung nicht so leicht betätigen lassen. Dies ist dann der Fall, wenn die nach § 19 der Gr. B. O. erforderliche Eintragungsbewilligung nicht vorliegt, sei es, dass der Gläubiger sich weigert, sie abzugeben, z. B. weil er behauptet, dass überhaupt ein Eigentümerpfandrecht nicht entstanden sei, sei es, dass der Gläubiger gar nicht in der Lage ist, die Bewilligung abzugeben §§ 1170, 1171 des B. G. B., sei es, dass der Gläubiger zwar eine Erklärung abgegeben hat, diese aber an und für sich eine Eintragungsbewilligung nicht enthält. Weigert sich nun der Gläubiger, zur Grundbuchberichtigung seine Einwilligung abzugeben, so wird gegen ihn Klage erhoben. Gelingt es dem Eigentümer, die Entstehung des Eigentümerpfandrechtes nachzuweisen, so erfolgt die Verurteilung des Gläubigers zur Einwilligung in die Grundbuchberichtigung. Ist dieses Urteil rechtskräftig, so gilt die Einwilligung des Gläubigers nach § 894 der Z. P. O. als abgegeben. Es liegt jetzt die Eintragungsbewilligung § 19 der Gr. B. O. vor, der nach der Grundbuchordnung § 29 — durch öffentliche Urkunde nachgewiesen — erforderlichen Form ist durch das Urteil Genüge getan, der Grundbuchrichter muss die Umschreibung betätigen.[13]) Ist das Eigentümerpfandrecht nach §§ 1170, 1171 des B. G. B. entstanden, so liegt damit eine öffentliche Urkunde — das Ausschlussurteil — vor, auf grund dessen die Unrichtigkeit des Grundbuches nachgewiesen ist. Der Grundbuchrichter muss also gemäss §§ 22 Abs. 1, 29 S. 2 des G. B. G. die Eintragung betätigen; das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger dem Eigentümer gegenüber in einer der Grundbuchordnung entsprechenden Form eine Erklärung abgegeben hat, die zwar keine Eintragungsbewilligung enthält, aus der aber unzweideutig die Unrichtigkeit des Grundbuches hervorgeht. Das Letztere ist insbesondere dann der Fall, wenn der Gläubiger dem Eigentümer eine öffentlich-beglaubigte Quittung oder eine öffentlich-beglaubigte Urkunde, in der er den kraft Gesetzes erfolgten Uebergang des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer anerkennt, ausgehändigt hat.[14]) Der Eigentümer wird also gut tun, die Befriedigung nur Zug um Zug gegen Aushändigung einer solchen Urkunde zu betätigen.

[13]) Entsch. R. G. XLVIII. S. 56.

[14]) K. G. Entsch. F. G. I. S. 106.

Solange aber die Umschreibung des Eigentümerpfandrechts auf den Eigentümer noch nicht betätigt ist, ist der Eigentümer einer grossen Gefahr ausgesetzt. Im Grundbuche ist der alte Gläubiger noch eingetragen; infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuches ist jeder, der im guten Glauben auf die Richtigkeit des Grundbuches durch Rechtsgeschäft das Grundpfandrecht oder ein Recht an demselben erwirbt, gemäss § 892 des B. G. B. geschützt. Tritt also der Gläubiger, mag er von dem erfolgten Uebergange des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer Kenntnis haben oder nicht, sein Grundpfandrecht an einen Dritten ab, der nichts von dem Uebergange weiss, so hat der Eigentümer das Nachsehen; er mag sich an den früheren Gläubiger mit einer Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss §§ 812 ff. des B. G. B. halten, gegen den Dritten hat er keine Rechte. Aehnlich ist es, wenn der Gläubiger das Grundpfandrecht an einen gutgläubigen Dritten verpfändet oder einen Niessbrauch daran bestellt. Den Eigentümer nun gegen diese Gefahr zu schützen, dient der § 899 des B. G. B. Der Eigentümer kann gegen die Richtigkeit des Grundbuches einen Widerspruch eintragen lassen, entweder auf grund der Bewilligung des Betroffenen oder auf grund einer einstweiligen Verfügung, zu deren Erlassung nur Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit des Grundbuches erforderlich ist. Ist der Widerspruch im Grundbuche eingetragen, so ist der gute Glaube des dritten Erwerbers ausgeschlossen.

Handelt es sich um eine Briefhypothek, so kann der Eigentümer ganz allgemein mit der Eigentumsklage die Herausgabe des Briefes fordern § 952 Abs. 2 des B. G. B., s. auch §§ 1144 Abs. 2, 896. Ist der Gläubiger in Konkurs geraten, so ist der Eigentümer aussonderungsberechtigt § 35 der K. O. Bei teilweiser Befriedigung durch den Eigentümer, ebenso bei teilweisem Verzichte auf das Grundpfandrecht ist der Gläubiger verpflichtet, die Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuches (Umschreibung einer Teilhypothek) oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefes für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder dem Notar vorzulegen §§ 1145, 1168, Abs. 3 des B. G. B., s. auch § 61 der Gr. B. O., s. später bei IV. Abschnitt. Ist der Brief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann der Eigentümer im Wege des Aufgebots-

verfahrens denselben für kraftlos erklären lassen § 1162 des B. G. B., § 1003 ff. der Z. P. O. Auf grund des Ausschlussurteiles kann der Eigentümer dann die Ausstellung eines neuen Briefes beantragen § 67 der Gr. B. O., s. auch § 68 der Gr. B. O. Mit dem Hypothekenbriefe kann der Eigentümer auch die sonstigen Urkunden, insbesondere die auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden, öffentlich-beglaubigten Abtretungserklärungen herausfordern §§ 896, 1144 des B. G. B.; er kann aber auch von dem Gläubiger eine öffentlich-beglaubigte Urkunde verlangen, in welcher dieser anerkennt, dass das Grundpfandrecht kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen ist §§ 403, 412, 413 des B. G. B., s. IV. Abschnitt. Ist der Eigentümer nun im Besitze des Briefes und durch eine Reihe auf den eingetragenen Gläubiger zurückführender, öffentlich-beglaubigter Abtretungserklärungen oder Anerkenntnissen des kraft Gesetzes erfolgten Ueberganges legitimiert, so kann er sich jederzeit als den Berechtigten in das Grundbuch eintragen lassen und kann jederzeit eine Verfügung über das Eigentümerpfandrecht treffen, zu der eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist § 40 Abs. 2 der Gr. B. O., § 1155 des B. G. B.

Zu bemerken ist noch, dass im Falle des § 1177 Abs. 1 die Eintragung der Rechtsänderung auf dem Briefe zu vermerken ist, § 65 Abs. 1 der Gr. B. O.

B. Wir kommen nunmehr zu der äusserst bestrittenen Frage, ob zu einer Verfügung über das Eigentümerpfandrecht die vorgängige Eintragung des Eigentümers als Berechtigten erforderlich ist. Vorauszuschicken ist einerseits, dass unter Verfügungen alle Arten von Verfügungen zu verstehen sind, auf grund deren eine Eintragung zu erfolgen hat, also nicht blos Abtretungen u. s. w., andererseits, dass es sich natürlich nur um Buchpfandrechte handelt, denn bei Eigentümerbriefpfandrechten genügt es zu einer Verfügung, auf grund deren eine Eintragung zu erfolgen hat, wenn der Eigentümer sich im Besitze des Briefes und einer Reihe öffentlich-beglaubigter, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführender Abtretungserklärungen bezw. Anerkenntnissen befindet § 40 der Gr. B. O. Abs. 2. Es handelt sich also um die Frage, ob § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. Anwendung findet auf die Eigentümerpfandrechte. Hinsichtlich dieser sehr bestrittenen Frage haben

sich, soweit Literatur und Rechtsprechung dem Verfasser bekannt sind, im grossen und ganzen vier verschiedene Ansichten gebildet.

1. Auf der einen Seite steht das Kammergericht mit seinem epochemachenden Beschlusse vom 11. Juli 1900 Entsch. F. G. I. S. 125. Es heisst dort: Der eingetragene Eigentümer, auf dessen Grundstück eine Hypothek lastet, hat bereits als „eventueller" Inhaber der nach § 1163 B. G. B. ihm zufallenden Hypothek zu gelten; sein Recht auf die Eigentümerhypothek geht aus der Eintragung seines Eigentumes am Grundstücke genugsam hervor. Voraussetzung der Verfügung über die Eigentümerhypothek ist nur, dass ihm bezüglich der auf seinem Grundstücke haftenden Hypothek löschungsfähige Quittung erteilt ist. Es muss daher angenommen werden, dass der § 40 Abs. 1 Gr. B. O. diesen Fall nicht mitbegreifen wollte und zwar deshalb, weil der Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer sich kraft Gesetzes vollzieht. Das Kammergericht ist also der Ansicht, dass unter allen Umständen zu einer Verfügung über das Eigentümerpfandrecht die vorgängige Eintragung des Eigentümers als Berechtigten nicht erforderlich ist.[15])

2. In schroffem Widerspruche damit steht die Ansicht von Martinius D. J. Z. 1900 S. 138, des O. L. G. Kolmar ebd. 1902 S. 221 und Oberneck S. 654 gegenüber Gruch. Beitr. a. a. O. S. 340. Diese verlangen unter allen Umständen vorgängige Eintragung des Eigentümers als Berechtigten des Eigentümerpfandrechts, also insbesondere auch zur Löschung des Eigentümerpfandrechtes.

[15]) Ebenso K. G. Entsch. F. G. I. S. 162, Rspr. II. S. 157, Entsch. F. G. III. S. 212, O. L. G. Kolmar Soergel Rspr. zu § 40 der Gr. B. O., O. L. G. Jena Rspr. III. S. 198, Bayr. Ob. L. G. Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 351, scheinbar auch R. G. ebd. S. 491, Grisebach D. J. Z. 1901 S. 207, Turnau-Förster S. 748, Fuchs S. 404, Dernburg bürg. R. S. 629 A. 7 u. 650 A. 6, Bollenbeck, D. Not. V. Z. I. S. 39, Götte C. Bl. F. G. I. S. 654. Biermann S. 310 sagt: Die Ansicht des K. G. dürfte sich nicht begründen lassen. Die Zweckmässigkeit hat die Ansicht für sich. Der Grundeigentümer muss unter allen Umständen dem Grundbuchamte in gehöriger Form dartun, dass das Grundbuch unrichtig ist, und die Hypothek ihm zusteht.

3. Weniger schroff ist die Ansicht von Achilles-Strecker S. 270, Planck S. 587, Dronke C. Bl. F. G. I. S 963, Hoffmann ebd. II. S. 637. Nach deren Ansicht sind bei Entscheidung der Frage drei besondere Fälle zu unterscheiden:

   a) Auf alle Fälle muss die vorgängige Eintragung des Eigentümers dann gefordert werden, wenn der Eigentümer erst nach Veräusserung des Grundstückes über die während der Zeit seines Eigentumes erworbene Hypothek verfügt.

   b) Auf grund einer der Grundbuchordnung entsprechenden Löschungsbewilligung ist der Eigentümer jederzeit in der Lage, sein Grundpfandrecht löschen zu lassen, ohne sich vorgängig eintragen lassen zu müssen.

   c) In allen anderen Fällen der Verfügung ist vorgängige Eintragung des Eigentümers als Berechtigten in das Grundbuch erforderlich.

4. Eine vermittelnde Meinung nehmen ein Gütte im Recht 1901 S. 219 und Bruck S. 220. Diese scheiden nur zwei Fälle:

   a Vorgängige Eintragung des Eigentümers ist nötig, wenn der Eigentümer über die während der Zeit seines Eigentumes angefallene Eigentümerhypothek erst nach Veräusserung des Grundstückes verfügt.

   b) In allen anderen Fällen, also insbesondere auch zur Löschung, ist die vorgängige Eintragung nicht erforderlich, da eine doppelte Eintragung des Eigentümers vorliegen würde.

Prüfen wir die einzelnen Ansichten, so kommen wir zu folgendem Resultate:

a) Auf jeden Fall muss die vorgängige Eintragung gefordert werden, wenn der Eigentümer erst nach Veräusserung des Grundstückes über das während der Zeit seines Eigentumes ihm zugefallene Eigentümerpfandrecht verfügen will. Denn in diesem Falle geht das Recht des Eigen-

tümers auf das Eigentümerpfandrecht aus der Eintragung seines Eigentumes nicht mehr hervor. Denn jetzt ist ein anderer als Eigentümer eingetragen; nach der Ansicht des Kammergerichtes müsste entweder dieser als „eventueller" Inhaber der Eigentümerpfandrechte verfügen können, oder aber es kämen alle diejenigen in Betracht, die einmal als Eigentümer des Grundstückes eingetragen waren; denn für alle trifft die Voraussetzung, die das Kammergericht fordert, zu.

β) Dagegen braucht sich der Eigentümer nicht eintragen zu lassen, wenn er sein Eigentümerpfandrecht zur Löschung bringen lassen will. Der Grundbuchrichter ist nach § 27 der Gr. B. O. nur gehalten, zu prüfen, ob Löschungsbewilligung des Gläubigers und die Einwilligung des Eigentümers vorliegen; er braucht nicht dagegen zu prüfen ob die Voraussetzungen des Eigentümerpfandrechtes gegeben sind. Wollte man die vorgängige Eintragung des Eigentümers, so hätte § 27 fast keinen Sinn. Denn die Fälle, in denen eine Hypothek gelöscht werden soll, ohne dass sie sich vorher in ein Eigentümerpfandrecht verwandelt hätte, dürften so ausserordentlich selten vorkommen, dass ihretwegen der § 27 nicht aufgenommen ist. Man denke nur an die Konsequenzen! Jemand zahlt die geschuldete Summe; damit ist bereits das Eigentümerpfandrecht entstanden; der Gläubiger lässt vom Notar eine Löschungsbewilligung sich ausstellen und händigt sie dem Eigentümer aus. Dieser begibt sich damit zum Grundbuchamte und stellt den Antrag, dass die Hypothek gelöscht werde. Das Grundbuchamt weist den Antrag ab mit der Begründung, dass bereits ein Eigentümerpfandrecht entstanden, und zu einer Verfügung über ein solches die vorgängige Eintragung des Eigentümers erforderlich sei gemäss § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. Es ist eben klar, dass § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. nur im allgemeinen den Grundsatz des Erfordernisses der vorgängigen Eintragung aufstellen will, dass aber § 27 der Gr. B O. für den Fall der Löschung besondere Regeln aufstellt, also *lex specialis* ist.

γ) Wohl aber muss sich der Eigentümer zu jeder anderen Verfügung über das Eigentümerpfandrecht vorher als Berechtigten eintragen lassen. Der § 40 Abs. 1 fordert, dass eine Eintragung erst dann erfolgen soll, wenn derjenige zuerst eingetragen ist, der von der Eintragung betroffen wird. Betroffen wird von der Eintragung allerdings der Eigentümer, und dieser ist bereits im Grundbuche eingetragen als Passivberechtigter, als Berechtigter hinsichtlich des Eigentumsrechtes am Grundstücke. Aber durch die Eintragung wird ja nicht das Eigentumsrecht betroffen; es wird ja keine Verfügung über dieses Recht getroffen, sondern über ein anderes, allerdings auch dem Eigentümer zustehendes Recht, das aber von dem Eigentumsrechte vollständig unabhängig ist und dessen Schicksale in keiner Weise zu teilen braucht. Soll eine Verfügung über dieses Recht getroffen werden, so muss der Eigentümer als Passivberechtigter hinsichtlich dieses Rechtes eingetragen sein. Es ist eben der Eigentümer dann doppelt eingetragen, aber jedesmal unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte; geradeso, wie wenn der Gläubiger als Berechtigter zweier verschiedener Rechte an einem Grundstücke im Grundbuche eingetragen ist. § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. fordert eine positive Eintragung und kann sich nicht damit begnügen, wie das Kammergericht meint, dass der Eigentümer als „eventuell" eingetragener Inhaber der Eigentümerpfandrechte zu gelten hat. Biermann sieht auch ein, dass die Ansicht des Kammergerichtes unhaltbar ist, fordert aber dennoch nicht die vorgängige Eintragung des Eigentümers. Lässt sich demnach die Ansicht des Kammergerichtes aus rechtlichen Gesichtspunkten nicht begründen, so muss sie noch mehr verworfen werden, wenn man den Zweck des § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. ins Auge fasst. Der Paragraph hat zunächst den Zweck, dem Grundbuchbeamten die Legitimationsprüfung zu erleichtern. Ist der Eigentümer als Berechtigter seines Eigentümerpfandrechtes eingetragen, und will er darüber eine Verfügung treffen, die eine Eintragung in das Grundbuch nach sich zieht, so braucht der Grundbuchbeamte nach dem das Grundbuchrecht beherrschenden formellen Konsensprinzip nur

zu prüfen, ob der Antragsteller identisch ist mit dem eingetragenen Berechtigten. Ist er dagegen nicht eingetragen, so muss er prüfen, einmal, ob die vorgelegten Urkunden echt sind, ferner, ob sie den Vorschriften der Gr. B. O. entsprechen, sodann, ob aus ihnen ersichtlich ist, dass überhaupt ein Eigentümerpfandrecht entstanden ist nach den Vorschriften des materiellen Rechtes, und endlich, ob derjenige, der den Antrag stellt, identisch ist mit demjenigen, der aus den Urkunden als Berechtigter des Eigentümerpfandrechtes hervorgeht. Es dürfte also keinem Zweifel unterliegen, dass die Ansicht des Kammergerichtes eine Erschwerung der Legitimationsprüfung für den Grundbuchbeamten bedeuten würde. Der zweite Zweck, den der Paragraph der Gr. B. O. verfolgt, ist, den Berechtigten vor Schädigungen zu schützen. Solange der Eigentümer noch nicht eingetragen ist, ist formell der alte Gläubiger noch als Gläubiger im Grundbuche eingetragen. Dieser kann absichtlich oder unabsichtlich sein formell noch bestehendes Grundpfandrecht an einen Dritten abtreten, verpfänden, oder einen Niessbrauch daran bestellen. Gelingt es nun dem Eigentümer nicht, den Nachweis zu bringen, dass dieser Dritte von der Entstehung des Eigentümerpfandrechtes gewusst hat, so hat dieser das Grundpfandrecht oder das entsprechende Recht an demselben in unanfechtbarer Weise erlangt. Nun steht ja wohl dem Eigentümer ein Mittel zu Gebote, den guten Glauben des Dritten auszuschliessen, indem er einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eintragen lässt; aber ebenso rasch und mit denselben Kosten kann er sich als Berechtigten des Eigentümerpfandrechtes eintragen lassen.

In einem Falle der Entstehung des Eigentümerpfandrechtes dürfen wir bei allen Verfügungen über dasselbe von dem Erfordernis der vorgängigen Eintragung absehen, und zwar im Falle des Verzichtes des Gläubigers auf das Grundpfandrecht. Nach § 1168 des B. G. B. entsteht das Eigentümerpfandrecht durch den Verzicht und dessen Eintragung. Hier liegt also bereits eine **Eintragung** vor, aus der ersichtlich ist, dass **der Eigentümer** das Eigentümerpfandrecht erlangt hat, die aber auch den

guten Glauben des Erwerbers des Grundpfandrechtes ausschliesst, andererseits auch dem Grundbuchbeamten die Legitimationsprüfung erleichtert. Mit der Eintragung des Verzichtes ist also der Vorschrift des § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. Genüge getan.

Wir müssen also die Behauptung aufstellen, dass § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. auch auf das Eigentümerpfandrecht, ausgenommen den Fall des § 1168 des B. G. B., Anwendung findet. Allerdings dürfen wir sagen,[16]) dass die Vorschrift des § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. schon dann gewahrt ist, wenn die beiden Eintragungsanträge gleichzeitig beim Grundbuchamte einlaufen, nicht aber dann, wenn der Antrag auf Eintragung des Passivberechtigten erst nach dem Eintragungsantrage einläuft: denn eine jede Eintragung richtet sich nach der Zeit des Einlaufes des entsprechenden Antrages §§ 13 Abs. 1, 17 der Gr. B. O.; es würde also in diesem Falle eine Eintragung erfolgen, bevor der Passivberechtigte eingetragen ist.

Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. wird nun allerdings dadurch geschwächt und gemildert, dass sie nur eine sogenannte „Sollschrift" *(lex imperfecta)* ist. Sie bedeutet, dass der Grundbuchbeamte die Pflicht hat, jeden Eintragungsantrag abzuweisen, wenn der davon Betroffene nicht bereits im Grundbuche eingetragen ist, bedeutet aber nicht, dass eine trotzdem erfolgte Eintragung nichtig ist.

C. Im Anschlusse daran ein paar Worte über die Umwandlungsmöglichkeiten bei dem Eigentümerpfandrechte!

1. Umwandlung einer Hypothek des Eigentümers in eine Eigentümergrundschuld oder eine -rentenschuld ist möglich gemäss § 1198 des B. G. B., ebenso die Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine -rentenschuld gemäss § 1203 des B. G. B. Zur Umwandlung ist erforderlich **einseitige** Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte entgegen § 873 des B. G. B. (Gläubiger und Eigentümer sind eine und dieselbe Person) und Eintragung

[16]) S. L. G. Köln Rheinpr. Not. Z. 1904 S. 251.

der Umwandlung in das Grundbuch, auch bei Eigentümerbriefpfandrechten; die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich: die §§ 876, 878 des B. G. B. finden Anwendung.

2. Die Umwandlung einer Eigentümerhypothek oder -grundschuld oder -rentenschuld in eine Hypothek des Eigentümers ist gemäss § 1198 des B. G. B. ebenfalls möglich: hier ist aber erforderlich, dass dem umzuwandelnden Eigentümerpfandrechte eine dem Eigentümer **gegen einen Dritten** zustehende Forderung untergelegt wird; die materiellen Erfordernisse wie unter 1.[17]) s. auch nächsten Abschnitt.

3. Ebenso ist es möglich, dass bei einer Hypothek des Eigentümers die dem Eigentümer zustehende Forderung ersetzt wird § 1183 des B. G. B.; hier ist aber ebenfalls nur einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte und Eintragung erforderlich.[18])

4. Dagegen ist es nicht möglich, eine Hypothek des Eigentümers oder eine Eigentümergrundschuld oder -rentenschuld in eine Eigentümerhypothek zu verwandeln.[19]) Zweifellos ist es unmöglich, eine Eigentümergrundschuld in eine Eigentümerhypothek umzuwandeln; denn kraft Gesetzes verwandelt sich die Eigentümerhypothek in eine Grundschuld; es ist also doch nicht denkbar eine Grundschuld wieder in eine Grundschuld zu verwandeln. Aber auch die sonstige Umwandlung in eine Eigentümerhypothek ist nicht denkbar. Denn das würde bedeuten, dass durch einseitige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Eigentümers eine Eigentümerhypothek entstehen würde. Durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung aber kann nur ein Eigentümerpfandrecht zur Entstehung gelangen, bei dem eine Forderung nicht vorausgesetzt ist, d. i. eine Eigentümergrundschuld, die eine reine Grundschuld ist § 1196

[17]) Biermann S. 394.

[18]) Biermann a. a. O.

[19]) S. Biermann S. 425, Turnau-Förster zu § 1198, O. L. G. Braunschweig Rspr. II. S. 318, offenbar auch Endemann II. S. 481.

des B. G. B., oder bei dem eine Forderung gegen einen Dritten vorhanden ist. d. i. eine Hypothek des Eigentümers, die eine Hypothek ist (Umwandlung einer auf den Namen des Eigentümers eingetragenen Eigentümergrundschuld in eine Hypothek des Eigentümers § 1198 des B. G. B. s. o. unter 2). Ein Drittes ist nicht möglich. Man kann nicht ein Eigentümerpfandrecht begründen, bei dem die Forderung gegen den Besteller selbst geht; denn niemand kann eine Forderung gegen sich selbst haben. Wollte man den Gegnern dieser Ansicht beipflichten, so hiesse das nur das Verbot umgehen, eine Eigentümerhypothek von vornherein auf den Namen des Eigentümers eintragen zu lassen. Man bräuchte ja nur eine Eigentümergrundschuld auf seinen Namen gemäss § 1196 des B. G. B. eintragen lassen und diese dann in eine Eigentümerhypothek umwandeln. Eine Eigentümerhypothek kann eben nur kraft Gesetzes entstehen und ist nur als ein Uebergangsstadium zu betrachten; es geht kraft Gesetzes die Hypothek in eine Grundschuld über. Die Hypothek des Eigentümers ist und bleibt Hypothek, die Eigentümergrundschuld Grundschuld; die Eigentümerhypothek ist aber nicht mehr Hypothek, sie ist aber auch noch nicht Grundschuld. Man sieht also, dass dieselbe ein kraft Gesetzes eintretendes, nur vorübergehendes Rechtsinstitut ist, das also durch eine rechtsgeschäftliche Handlung nicht entstehen kann.[20])

5. Die Umwandlung einer Hypothek des Eigentümers in eine Hypothek und einer Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld in eine Grundschuld geschieht durch Behebung der Vereinigung, sei es durch Zurückbehaltung des Eigentümerpfandrechtes bei Veräusserung des Grundstückes, oder durch Abtretung des Eigentümerpfandrechtes (letzteres s. IV. Abschnitt.)

6. Bezüglich der Umwandlung einer Eigentümerhypothek oder einer -grundschuld oder -rentenschuld in eine Hypothek siehe IV. Abschnitt.

[20]) Ebenso Planck S. 645, Fuchs S. 670, Oberneck S. 682, Maenner S. 299, K. G. Entsch. F. G. III. S. 212, s. auch L. G. München Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 475.

7. Die Umwandlung eines Eigentümerbriefpfandrechtes in ein Eigentümerbuchpfandrecht oder umgekehrt vollzieht sich entgegen der Vorschrift des § 1117 des B. G. B. durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte und Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch.

D. Wie schon erwähnt, ist das Eigentümerpfandrecht ein vom Eigentumsrechte völlig unabhängiges Recht. Es geht also mangels besonderer Vereinbarung weder auf den neuen Eigentümer über, noch erwirbt auch der Legatar dasselbe, wenn es auf einem vermachten Grundstück lastet, sondern es verbleibt im ersten Falle dem Eigentümer, während es im zweiten Falle auf den Erben übergeht. Das letztere war in der preussischen Literatur und Gesetzgebung äusserst bestritten.[21]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Streitfrage aus der Welt geschafft, indem es in überflüssiger Weise die Bestimmung aufgenommen hat, dass in dem Falle, wenn auf einem vermachten Grundstücke eine Hypothek etc., die dem Erblasser selbst zusteht, ruht, aus den Umständen zu entnehmen ist, ob die Hypothek etc. als mitvermacht zu gelten hat § 2165 Abs. 2 des B. G. B.

E. Die Rechte des Eigentümers werden nicht berührt durch die Beschlagnahme des Grundstückes. Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines relativen Veräusserungsverbotes entsprechend §§ 135, 136 des B. G. B., §§ 23 des Zw. G. Der Schuldner verliert nicht die Befugnis, über das beschlagnahmte Grundstück zu verfügen; die Verfügungen sind nur gegenüber dem betreibenden Gläubiger unwirksam. Erlaubt sind jedoch alle die Verfügungen, die nicht eine Benachteiligung des betreibenden Gläubigers enthalten. Nach dem Prinzip des Grundpfandrechtes des Bürgerlichen Gesetzbuches ist ein Gläubiger ein für allemal auf den Rang verwiesen, der ihm bei der Eintragung gegeben wurde: es kann und muss für ihn gleichgiltig sein, wer ihm im Range vorgeht, ein Gläubiger oder der Eigentümer. Es steht daher dem Eigentümer frei, das auf ihn übergegangene Eigentümerpfandrecht auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder an einen Dritten abzutreten.[22]) Hierin

[21]) S. Literatur und Rechtssprechung in Prot. V. S. 184, z. B. Entsch. R. G. XIII. S. 189.

[22]) Böhm zu § 1197, Henle zu § 23 Zw. G., O. L. G. Königsberg Rspr. IV. S. 194, s. auch Kress Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 483.

zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen dem Eigentümerpfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches und dem gesetzlichen Rangvorbehalte des § 84 des bayr. Hypothekengesetzes. Nach dem bayrischen Rechte ist es dem Gläubiger durch die Beschlagnahme des Grundstückes benommen, an Stelle einer erloschenen, aber noch nicht gelöschten Hypothek den Rang dieser Hypothek einem Anderen einzuräumen. Denn ist die Hypothek nach dem materiellen Rechte § 80 des H. G. erloschen, so ist damit materiell schon die Nachhypothek an deren Stelle gerückt; würde der Eigentümer nun nach der Beschlagnahme von dem § 84 des H. G. Gebrauch machen können, so würde der Nachhypothekar in seine alte Stellung zurückgedrängt: es läge also in der Verfügung des Eigentümers eine Benachteiligung des Gläubigers; eine solche Verfügung ist aber dem Eigentümer nach Art. 33 der bayr. Subhastationsordnung untersagt.

F. Kindel S. 96 will dem Eigentümer, der eine Hypothek das Eigentümers hat, im Falle einer Subhastation des Grundstückes nicht die Liquidation vor seinen Nachhypothekaren gestatten. Er begründet dies folgendermassen: Würde der Eigentümer seine Hypothek des Eigentümers in der Subhastation liquidieren dürfen, so würde der persönliche Hauptschuldner dadurch befreit werden; doch scheint es ausgeschlossen, dass derselbe durch einen Vorgang, der ihn gar nichts angeht, Befreiung erlangen sollte. Daher könnte man sich zu der Annahme entschliessen, dass dem Eigentümer ein Liquidationsrecht in der Subhastation nicht zusteht, weil er durch die Liquidation seinen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner doch nicht verlieren und andererseits doch nicht zweimal Zahlung verlangen kann. Dem ist entgegenzuhalten: Was der Eigentümer im Falle des Vorliegens einer Hypothek des Eigentümers bei der Zwangsversteigerung erhält, erhält er nicht als Befriedigung, sondern weil ein Wertteil seines Vermögens in Geld umgesetzt ist.[23]) Er erhält also nicht etwas, was ihm geschuldet wird, was ausserhalb seines Vermögens liegt, sondern es wird ihm lediglich als Surrogat für den Verlust seines Eigentumes eine entsprechende Summe gezahlt. Er hat, wie Hirsch a. a. O. sich ausdrücken würde, die Surrogationsbefugnis.

[23]) Prot. III. S. 723.

die er einem anderen abgetreten hatte, zurückgewonnen. Eine Bezahlung liegt nicht vor; dies ist erst dann der Fall, wenn der persönliche Schuldner die geschuldete Summe entrichtet; erst dann erhält er etwas, was bisher ausserhalb seines Vermögens war. Die Forderung wird also dadurch, dass der Eigentümer in der Subhastation seine Hypothek liquidiert, in keiner Weise berührt. Es würde aber auch dadurch das ganze System des Eigentümerpfandrechtes gefährdet werden: denn es würden dann die Nachhypothekare einen bei der Begründung ihrer Hypotheken nicht in Rechnung gezogenen Vorteil erlangen.[24])

[24]) Denkschr. S. 146.

IV. Abschnitt.

Uebertragung, Verpfändung, Pfändung des Eigentümerpfandrechtes.

§ 15.

Uebertragung des Eigentümerpfandrechtes.

Bei der Frage nach der Art und Weise der Uebertragung eines Eigentümerpfandrechtes tritt wieder der Unterschied zwischen Buch- und Briefpfandrecht hervor.

I. Bezüglich der **Uebertragung des Eigentümerbuchpfandrechtes** ist, nachdem in dem vorherigen Abschnitte die Streitfrage, ob der § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. auch auf das Eigentümerpfandrecht Anwendung findet, dahin entschieden wurde, dass zu einer Verfügung über das Eigentümerpfandrecht im allgemeinen vorgängige Eintragung des Eigentümers erforderlich ist, nur wenig zu sagen. Zur Uebertragung des Eigentümerbuchpfandrechtes ist erforderlich Einigung zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger über die Uebertragung des Eigentümerpfandrechtes und Eintragung der Uebertragung in das Grundbuch § 873 des B. G. B.; die §§ 873 Abs. 2 und 878 des B. G. B. finden entsprechende Anwendung. Wir haben es also bei jeder Uebertragung eines Eigentümerbuchpfandrechtes mit zwei selbständigen Eintragungen zu tun, einmal die Eintragung des Eigentümers als Berechtigten gemäss § 40 Abs. 1 der Gr. B. O., wobei im Falle einer Eigentümerhypothek das Moment der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld zum Ausdrucke gebracht werden muss, ferner die Eintragung der Uebertragung des Eigentümerpfandrechtes auf den neuen Gläubiger gemäss § 873 des B. G. B. Die Eintragungen richten sich nach der Zeit des Einlaufes des betreffenden Antrages; sind jedoch die beiden Anträge an demselben Tage

eingelaufen, so dürfte nichts im Wege stehen, die beiden Eintragungen in einen Vermerk zusammenzufassen und demselben vielleicht folgende Form zu geben: „Die Hypothek bezw. Grundschuld ist auf den Eigentümer übergegangen und an den X abgetreten", bezw. „die Hypothek ist unter Umwandlung in eine Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen, und diese Grundschuld an den X abgetreten." Ist die gesetzliche Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld gegen die Vorschrift nicht eingetragen, so nützt es dem Erwerber nichts, wenn er in dem guten Glauben ist, dass er die Forderung miterwerbe. Denn die Hypothek ist **kraft Gesetzes** in eine Grundschuld umgewandelt, und deshalb kann der Erwerber nur eine Grundschuld erhalten, wenn nicht durch **rechtsgeschäftlichen** Akt die Rückumwandlung der Grundschuld in eine Hypothek vollzogen wird. Die §§ 1138, 892 des B. G. B. finden keine Anwendung.[1]) Nicht zu verwechseln ist natürlich damit der Fall, dass das Eigentümerpfandrecht zu Unrecht im Grundbuche eingetragen ist; hier erwirbt der Dritte, der nichts davon weiss, dass das Eigentümerpfandrecht in Wirklichkeit nicht entstanden ist, gemäss § 892 des B. G. B. das entsprechende Grundpfandrecht.

II. Die **Uebertragung des Eigentümerbriefpfandrechtes** erfolgt gemäss § 1154 des B. G. B. durch Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher, auf Verlangen in öffentlich-beglaubigter Form und Uebergabe des Hypothekenbriefes. Die §§ 929 Abs. 2, 930, 931 des B. G. B finden Anwendung. Hier greift nun einschneidend die Bestimmung des § 1155 des B. G. B. Platz, wonach der Besitzer des Briefes nur dann als Gläubiger legitimiert ist, wenn sich sein Gläubigerrecht aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich-beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt; fehlt also ein Glied aus dieser Kette, so finden insbesondere die §§ 891, 892 des B. G. B. zu gunsten des Besitzers des Briefes bezw. zu gunsten dessen, der durch Rechtsgeschäft das Eigentümerpfandrecht oder ein Recht an demselben erwirbt, nicht Anwendung. In der Regel wird nun ein solches Glied aus der Kette fehlen,

§ 15.

[1]) Biermann S. 393, Bruck S. 232, Kosak § 225 II. 3 c, gegen Fuchs S. 570.

nämlich die öffentlich-beglaubigte Dokumentierung des gesetzlichen Ueberganges des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer; Sache des Erwerbers eines Eigentümerpfandrechtes ist es, will er sein Eigentümerpfandrecht verwerten, sich diese Dokumentierung zu verschaffen. Ein Mittel hierzu gibt ihm das Bürgerliche Gesetzbuch an die Hand, indem es der öffentlich-beglaubigten Abtretungserklärung das öffentlich-beglaubigte Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung einer Forderung gleichstellt § 1155 S. 2 des B. G. B. Eine kraft Gesetzes erfolgte Uebertragung einer Forderung liegt vor in den Fällen der Hypothek des Eigentümers z. B. im Falle des § 1143 des B. G. B. Gemäss §§ 403, 412 des B. G. B. ist der Gläubiger verpflichtet, dem Eigentümer eine öffentlich-beglaubigte Urkunde auszustellen, in welcher die kraft Gesetzes erfolgte Uebertragung der Forderung anerkannt wird.[2]) Gemäss § 413 des B. G. B. finden die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen auch auf die Uebertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung: es kann also der Eigentümer auch in den Fällen der Eigentümerhypothek und -Grundschuld, als den Fällen, in denen nur das dingliche Recht kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergeht, die Ausstellung einer öffentlich-beglaubigten Urkunde über die Anerkennung der kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung des Grundpfandrechtes verlangen. Einzuflechten ist hier, dass der Eigentümer, der seinen Gläubiger befriedigen will, gut tun wird, die Befriedigung nur Zug um Zug gegen Aushändigung des Briefes und der anderen Urkunden und einer öffentlich-beglaubigten Urkunde über die Anerkennung zu betätigen § 1144 des B. G. B. Dann ist er auf jeden Fall geschützt und kann das Eigentümerpfandrecht auf alle mögliche Weise verwerten § 40 Abs. 2 der Gr. B. O., § 1154 Abs. 2 des B. G. B.

Schwierigkeiten ergeben sich nunmehr, wenn der frühere Gläubiger nicht freiwillig dem Eigentümer diese öffentlich-beglaubigte Urkunde ausstellt, sondern der Klageweg gegen ihn beschritten werden muss. Das Urteil hat dahin zu lauten, dass der Beklagte schuldig sei, dem Kläger eine öffentlich-beglaubigte Urkunde darüber auszustellen, dass er anerkenne, dass sein Grundpfandrecht kraft Gesetzes auf den Kläger übergegangen sei. Bei einer strengen

[2]) Hölder S. 392, Rehbein S. 377.

Auslegung des § 894 der Z. P. O. fällt nun die Verurteilung aus § 403 des B. G. B. nicht darunter. Denn im Falle des § 894 der Z. P. O. soll eine bisher **noch nicht vorhandene** Willenserklärung durch das rechtskräftige Urteil ersetzt werden. Im Falle des § 403 des B. G. B. ist aber die Willenserklärung nicht Zweck der Verurteilung, sondern Voraussetzung derselben: gefordert wird die Beurkundung der **bereits vorhandenen** Willenserklärung.[3]) Allein wir dürfen den § 894 der Z. P. O. nicht so streng interpretieren: im Falle des § 403 des B. G. B. kommt es ja nicht auf die mechanische Tätigkeit des Ausstellens und Uebergebens der Urkunde an; das Hauptgewicht ist einzig und allein auf deren Inhalt gelegen: es soll der bisherige Gläubiger verpflichtet sein, die materiell schon vorhandene Willenserklärung noch einmal abzugeben, aber in einer durch öffentliche Autorität gewährleisteten Form, die es dem neuen Gläubiger ermöglicht, sein auf grund der früher abgegebenen Erklärung **materiell längst erlangtes** Recht Dritten gegenüber geltend zu machen. Und diesen Voraussetzungen ist Genüge getan, wenn durch eine öffentliche Urkunde — das rechtskräftige Urteil — die Verpflichtung zur Ausstellung der öffentlich-beglaubigten Urkunde festgestellt ist. Wir dürfen also[4]) die Behauptung aufstellen: Es macht keinen Unterschied, ob die Verurteilung der Form nach auf die Errichtung einer Urkunde über die Erklärung oder die Vornahme des Rechtsgeschäftes oder auf Abgabe der Erklärung als solche gerichtet ist.[5]) Im Falle des Entstehens der Eigentümerhypothek infolge Befriedigung durch den Eigentümer oder einen nicht ersatzberechtigten persönlichen Schuldner bezw. Dritten kann nun der Eigentümer verlangen, dass ihm der Gläubiger entweder eine öffentlich-beglaubigte Urkunde „ausstellt", in welcher dieser anerkennt, dass seine Hypothek auf den Eigentümer kraft Gesetzes übergegangen sei, oder ein öffentlich-beglaubigtes Empfangsbekenntnis „erteilt." Es liegt hier ein Fall eines Anspruches mit alternativ bestimmtem Inhalte vor. In beiden Fällen ersetzt das mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehene Urteil die öffentlich-beglaubigte Urkunde.

[3]) S. z. B. R. G. Zeitschr. f. Z. P. XVI. S. 163.

[4]) Gaupp-Stein zu §§ 888 und 894.

[5]) S. auch Biermann und Fischer-Henle zu § 1155, Crome S. 736, 742. Uebereinstimmend für den Fall der Verurteilung zur Erteilung einer löschungsfähigen Quittung Rehbein S. 287, Entsch. R. G. XLVIII. S. 398.

Wenn wir also schon aus theoretischen Gründen uns dazu bewegen lassen dürfen, den § 894 der Z. P. O. auf die §§ 368 und 403 des B. G. B. auszudehnen, so müssen wir das umsomehr tun, wenn wir praktische Rücksichten in Betracht ziehen. Nehmen wir an, dass in den genannten Fällen der § 894 der Z. P. O. nicht Platz greift, dann handelt es sich um eine Handlung, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann und die ausschliesslich vom Willen des bisherigen Gläubigers abhängt. Es ist also gemäss § 888 Abs. 1 der Z. P. O. auf Antrag von dem Prozessgerichte erster Instanz zu erkennen, dass der bisherige Gläubiger zur Ausstellung der Urkunde durch Geldstrafen oder durch Haft anzuhalten sei. Es ist nun möglich, dass der Eigentümer, wenn der bisherige Gläubiger hartnäckig ist, nie in die Lage kommt, sein Eigentümerpfandrecht verwerten zu können. Es kann nun eingewendet werden, dass sich der Eigentümer dadurch helfen könnte, dass er im Wege einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 der Z. P. O. feststellen lassen könnte, dass das Grundpfandrecht auf ihn übergegangen sei. Allein es wird - und das war eben der Grund, warum § 403 in das B. G. B. aufgenommen wurde[6]) — dem Eigentümer schwer fallen, sein Feststellungsinteresse nachzuweisen, insbesondere dann, wenn der bisherige Gläubiger anerkennt, dass sein Recht übergegangen ist, und er sich nur weigert, die öffentlich-beglaubigte Urkunde auszustellen; und nach einem bekannten Grundsatze wird dieses Interesse in der Regel dann nicht als gegeben erachtet, wenn der Kläger nach Lage der Sache zur Anstellung der entsprechenden Leistungsklage im stande ist.[7]) Würde man das Interesse dessen ungeachtet annehmen, weil dem Interesse des Eigentümers durch die Leistungsklage im Hinblicke auf den § 888 der Z. P. O. nur unvollständig genügt werden könnte,[8]) so würde der Eigentümer dann keinen Erfolg haben, wenn er nach vergeblich versuchter Zwangsvollstreckung aus § 888 der Z. P. O. die Feststellungsklage anstellen wollte. Denn dann stünde einer weiteren Verurteilung der Grundsatz *„ne bis in idem“* entgegen. — Dehnt man also den § 894 der Z. P. O. nicht auf die obigen Fälle aus, so würde es sehr zweifelhaft sein, ob der

[6]) Mot. II, S. 128.
[7]) S. insbes. R. G. J. W. 1901 S. 537 Nr. 3.
[8]) S. z. B. R. G. J. W. 1898 S. 659 Nr. 1.

Eigentümer je sein Eigentümerpfandrecht verwerten könnte. Ein solches Ergebnis kann jedoch der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben.

Nach Analogie müssen wir aber auch dem Eigentümer den Anspruch aus § 403 des B. G. B. zubilligen, wenn die Eigentümerhypothek von vornherein dem Eigentümer zugestanden hat.[9])

Es gibt nunmehr gewisse Fälle, in denen jedoch die Ausstellung eines öffentlich-beglaubigten Anerkenntnisses durch etwas anderes ersetzt wird, ja sogar überhaupt vollständig unterbleiben kann. Hat z. B. der Gläubiger dem Eigentümer eine öffentlich-beglaubigte Quittung § 368 S. 1 u. 2 des B. G. B. ausgestellt, und lässt die Quittung darüber keinen Zweifel obwalten, dass ein Eigentümerpfandrecht vorhanden ist, so dürfte kein Grund vorliegen, dem Eigentümer den Schutz des § 1155 des B. G. B. zu versagen; denn in einer solchen Quittung dürfte entschieden ein Anerkenntnis des Gläubigers darüber enthalten sein, dass sein Recht kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen ist.[10]) Handelt es sich um Entstehung eines Eigentümerpfandrechtes infolge Verzichtes, dann ist ein Anerkenntnis entbehrlich: gemäss § 1168 des B. G. B. entsteht das Eigentümerpfandrecht nur, wenn der Verzicht des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen wird; es geht nunmehr aus dem Grundbuche hervor, dass der Eigentümer Eigentümerhypothekar ist; es beginnt also mit dem Eigentümer eine neue Kette § 1154 Abs. 2 des B. G. B. Ein Anerkenntnis ist endlich auch dann entbehrlich, wenn die Fälle der §§ 1170, 1171 des B. G. B. gegeben sind; einerseits dürfte es sich schwer machen, ein Anerkenntnis infolge der Unbekanntheit des Gläubigers zu erlangen; andererseits geht aus der öffentlichen Urkunde - Ausschlussurteil - unzweideutig hervor, dass das Recht des Gläubigers auf den Eigentümer übergegangen ist; es dürfte also in dem Ausschlussurteile ein nach § 1155 B. G. B. gefordertes öffentlich-beglaubigtes Anerkenntnis liegen.[11])

III. Besondere Beachtung verdient der Fall, wenn eine **Eigentümerhypothek** in eine **Hypothek** umgewandelt werden soll; denn dieser Fall der Uebertragung eines Eigentümerpfandrechtes ist es,

[9]) Biermann a. a. O. und Crome S. 742 c und Note 55.

[10]) A. M. Biermann a. a. O.

[11]) Z. B. Biermann a. a. O.

der in der Praxis die weitaus grösste Rolle spielen wird. Hier handelt es sich zunächst um die Aenderung des Inhaltes eines Rechtes, um die Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek. Dazu ist erforderlich gemäss §§ 877, 873 des B. G. B. Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger: da aber bei einem Eigentümerpfandrechte Eigentümer und Gläubiger eine und dieselbe Person sind, so genügt **einseitige Erklärung** der Umwandlung gegenüber dem Grundbuchamte: ferner ist nötig Eintragung der Umwandlung in das Grundbuch. Allein in dieser Umwandlung ist gleichzeitig noch die Begebung eines Eigentümerpfandrechtes enthalten; dazu ist nach dem oben Gesagten erforderlich **Einigung** und Eintragung § 873 des B. G. B. Es werden also durch dieselbe Handlung zwei Gesetze berührt, von denen das eine nur einseitige Erklärung fordert, während nach dem anderen Einigung nötig ist. In diesem Falle muss die Vorschrift des Gesetzes vorgehen, das Einigung verlangt, nachdem durch diese Einigung die einseitige Erklärung, die nach dem anderen Gesetze gefordert wird, konsumiert wird. Es ist also zur Umwandlung einer Eigentümerhypothek in eine Hypothek zur Sicherung einer dem Gläubiger gegen den Eigentümer oder einen Dritten zustehenden Forderung die Einigung zwischen Eigentümer und dem Erwerber der Hypothek erforderlich Denn es liegt ja in der Umwandlung im Grunde genommen weiter nichts als die Begründung einer Hypothek für den Erwerber, mit dem Range, den das Eigentümerpfandrecht inne hatte: niemand aber kann einseitig der Forderung eines Gläubigers eine Hypothek bewilligen. Wird sonst ein Eigentümerpfandrecht in ein anderes verwandelt, so bleibt Eigentümer und Gläubiger eine und dieselbe Person, bei dieser Umwandlung kommt aber eine zweite Person ins Spiel, es muss also auf deren Seite eine Einverständniserklärung vorliegen.[12]) Die Gegner dieser Ansicht[13]) legen das Hauptgewicht auf das Moment der Umwandlung und verlangen daher nur einseitige Erklärung. Auch das Kammergericht ignoriert das Moment der Begebung des Eigentümerpfandrechtes, kommt aber zu zwei verschiedenen Resultaten. Als es sich zum ersten Male mit der Frage zu beschäftigen hatte,[14]) forderte es zur Umwandlung auf

[12]) Plank S. 644, Fuchs S. 670.

[13]) Turnau-Förster und Böhm zu § 1198, Bruck S. 232, Oberneck S. 682, Achilles-Strecker S. 315, O. L. G. Braunschweig Rspr. II. S. 319.

[14]) Entsch. F. G. III. S. 205.

grund des § 877 des B. G. B. Einigung: kaum 1 Monat später[15]) entschied es dahin, dass einseitige Erklärung genüge; es sei zwar nach §§ 877, 873 des B. G. B. zur Aenderung des Inhaltes eines Rechtes Einigung erforderlich; aber beim Eigentümerpfandrechte seien Eigentümer und Gläubiger ja eine und dieselbe Person.

Ist demnach nach dem materiellen Rechte zur Umwandlung einer Eigentümerhypothek in eine Hypothek die **Einigung** erforderlich, so genügt nach dem formellen Grundbuchrechte §§ 13, 29, 30 der Gr. B. O. die in öffentlich-beglaubigter Form oder zu Protokoll des Grundbuchamtes abgegebene **einseitige Erklärung** des Eigentümers, dass X ihm (oder einem Dritten) ein Darlehen in Höhe von 10 000 ℳ gegeben habe, und dass er diese Forderung nebst 4 % Zinsen vom 1. Januar 1907 an der an die Stelle der Eigentümerhypothek zu setzenden Hypothek zu grunde legen wolle, und dass letztere zur Sicherung der ersteren dienen solle.[16]) Weitere Voraussetzung des formellen Rechtes ist noch, dass der Eigentümer vorgängig als Berechtigter im Grundbuche eingetragen ist, oder dass er wenigstens gleichzeitig mit obigem Antrage den Antrag auf seine Eintragung gestellt hat.

In welcher **Form** ist nunmehr die Eintragung der Umwandlung der Eigentümerhypothek in eine Hypothek zu betätigen? Wie schon gesagt, sind zwei Eintragungen erforderlich: die eine Eintragung gemäss § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. bezieht sich auf den Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer und hat, wie schon erwähnt, das Moment der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld ersichtlich zu machen; die andere hat die Aenderung des Inhaltes des Rechtes und gleichzeitig die Begebung des Eigentümerpfandrechtes, oder um es kurz zu sagen, die Rückumwandlung der Grundschuld in eine Hypothek zum Ausdrucke zu bringen; sie muss also dem § 1115 des B. G. B. genügen. Sind die Anträge der beiden Eintragungen gleichzeitig eingelaufen, so können die beiden Eintragungen in einen Vermerk zusammengefasst werden. Als Form schlägt hiefür Oberneck 2. Aufl. S. 925 vor: „Die Hypothek ist unter Umwandlung in eine Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen, und diese Grundschuld ist in eine Hypothek für eine mit vier vom Hundert vom 1. Januar 1905

[15]) Entsch. F. G. III. S. 212.

[16]) K. G. Entsch. F. G. I. S. 162.

an verzinsliche Darlehensforderung des X zu 10 000 ℳ umgewandelt." Steht man auf dem Standpunkte, dass eine vorgängige Eintragung des Eigentümers nicht erforderlich ist, wie z. B. nach der hier verfochtenen Ansicht, wenn es sich um die Uebertragung eines auf grund eines Verzichtes auf das Grundpfandrecht entstandenen Eigentümerpfandrechtes handelt, so ist gleichwohl die obige oder eine ähnliche Form der Eintragung zu wählen, da in ihr vollständig das Moment der Umwandlung der Eigentümerhypothek in eine Hypothek zum Ausdrucke kommt; dann ist aber nur **ein** Antrag erforderlich, und liegt nur **eine** Eintragung vor.[17]) Im Gegensatze zur Ansicht von Turnau-Förster, Bruck und Biermann steht einerseits Grisebach D. J. Z. 1901 S. 208, andererseits Böhm S. 268 und O. L. G. Braunschweig Rspr. II. 319. Grisebach ist allerdings der Ansicht, dass man für die Rückumwandlung aus der Grundschuld in eine Hypothek das Erfordernis der Eintragung in das Grundbuch nicht umgehen könne: allein die Form der Eintragung, die er vorschlägt, dürfte nicht genügen. Er will folgende Form angebracht wissen: „Umgeschrieben in 5000 ℳ Darlehen nebst . . . . . für X." Aus dieser Form ist aber in keiner Weise ersichtlich, dass man es vorher mit einer Eigentümerhypothek zu tun gehabt hat: es könnte gerade so gut ein Fall des § 1180 Abs. 2 des B. G. B. vorliegen. Böhm und O. L. G. Braunschweig sind dagegen der Ansicht, dass die Eintragung der Umwandlung in eine Grundschuld und der Rückumwandlung derselben in eine Hypothek erspart werden könne mit Rücksicht darauf, dass noch eine Hypothek im Grundbuche eingetragen sei. Allein dies steht im Widerspruche mit dem § 877 des B. G. B.

Aehnlich ist es, wenn ein Briefpfandrecht in Betracht kommt. Auch hier ist (abgesehen davon, dass die obigen Ausführungen bezüglich des Momentes der Einigung natürlich auch hier gelten gemäss §§ 877, 873 des B. G. B.) Eintragung in das Grundbuch erforderlich: statt vorgängiger Eintragung des Eigentümers genügt es, wenn die Erfordernisse des § 40 Abs. 2 der Gr. B. O. und § 1155 S. 2 des B. G. B. gegeben sind. Da aber gleichzeitig in der Umwandlung Begebung des Grundpfandrechtes liegt, so wäre ausserdem an sich noch erforderlich gemäss § 1154 des B. G. B. Uebergabe des Briefes und Abtretungserklärung; die schriftliche

[17]) Turnau-Förster zu § 1177, Bruck S. 232, Biermann S. 393.

Abtretungserklärung ist aber überflüssig, da bereits eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, und die schriftliche Abtretungserklärung durch die Eintragung ersetzt wird § 1154 Abs. 2 des des B. G. G. Mit Rücksicht darauf, dass das Moment der Rückumwandlung der Grundschuld in eine Hypothek im Grundbuche richtig zum Ausdrucke gebracht werden muss, so hat auch hier die Eintragung dieselbe oder eine ähnliche Form wie oben zu erhalten.

Entsprechendes gilt natürlich, wenn eine Eigentümergrundschuld in eine Hypothek umgewandelt wird.

IV. Etwas anderes dagegen ist es, wenn eine Eigentümerhypothek oder -grundschuld als Hypothek für eine dem **Eigentümer** gegen einen **Dritten** zustehende Forderung abgetreten werden soll. Hier ist zuerst (abgesehen von dem Erfordernis der vorgängigen Eintragung des Eigentümers) nötig die Umwandlung der Eigentümerhypothek bezw. -grundschuld in eine Hypothek des Eigentümers (s. vorigen Abschnitt), dazu genügt einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte und Eintragung; diese Hypothek des Eigentümers wird dann abgetreten; dazu ist erforderlich Einigung und Eintragung gemäss § 873 des B. G. B. Hier ist es also anders als in dem obigen Falle; hier liegt in der Umwandlung nicht **gleichzeitig** eine Uebertragung, sondern hier handelt es sich um **zwei** selbständige, zeitlich **nacheinander** folgende Akte: es sind also **zwei** selbständige Eintragungen erforderlich; wenn man aus dem Strafrechte ein Analogon nehmen wollte, so läge in dem obigen Falle Idealkonkurrenz, in dem zweiten Falle Realkonkurrenz vor. Die drei erforderlichen Eintragungsanträge können natürlich gleichzeitig gestellt werden und dann in einen Vermerk zusammengefasst werden, der vielleicht folgende Form erhalten dürfte: „Die Hypothek ist unter Umwandlung in eine Grundschuld — bezw. die Grundschuld — ist auf den Eigentümer übergegangen; der Grundschuld ist die mit fünf vom Hundert vom 1. Januar 1905 an verzinsliche Darlehensforderung des Eigentümers gegen den Y zu 10 000 ℳ zu grunde gelegt, und diese Hypothek an X abgetreten."

Beim Briefpfandrechte ist hier Eintragung nur bezüglich der Umwandlung in eine Hypothek des Eigentümers erforderlich; die Begebung erfolgt hier durch Uebergabe des Briefes, auf dem die

Eintragung gemäss § 65 der Gr. B. O. zu vermerken ist, und **schriftliche Abtretungserklärung** entgegen dem entsprechenden obigen Falle § 1154 Abs. 1 des B. G. B. Die Eintragung ist demgemäss entsprechend abzukürzen.

§ 16.

Verpfändung des Eigentümerpfandrechtes.

Die Verpfändung des Eigentümerpfandrechtes erfolgt nach den für die Uebertragung desselben geltenden Vorschriften §§ 1291, 1274 Abs. 1 S. 1 des B. G. B.

I. Es kommt also auch hier der Unterschied zwischen Buch- und Briefpfandrecht zum Ausdrucke. Die Verpfändung eines Eigentümerbuchpfandrechtes erfolgt durch Einigung zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger über die Verpfändung des Eigentümerpfandrechtes und durch Eintragung derselben in das Grundbuch. Vorgängige Eintragung des Eigentümers ist erforderlich. Die Verpfändung eines Eigentümerbriefpfandrechtes geschieht einmal durch die Uebergabe des Briefes; auf dieselbe finden jedoch nicht die Vorschriften der §§ 929 Abs. 2, 930, 931 des B. G. B., sondern die der §§ 1205, 1206 des B. G. B. entsprechende Anwendung § 1274 Abs. 1 S. 2; es genügt daher z. B. Einräumung des Mitbesitzes; ferner ist erforderlich Verpfändungserklärung in schriftlicher, auf Verlangen in öffentlich-beglaubigter Form § 1154 des B. G. B. Das bei der Uebertragung des Eigentümerbriefpfandrechtes bezüglich des § 1155 des B. G. B. Gesagte findet auch hier entsprechende Anwendung. Liegen also die Voraussetzungen des § 1155 des B. G. B. vor, ist insbesondere das öffentlich-beglaubigte Anerkenntnis des kraft Gesetzes erfolgten Ueberganges des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer vorhanden, so erwirbt der gutgläubige Pfandgläubiger das Pfandrecht an dem Eigentümerpfandrecht, ganz gleichgiltig, ob das Eigentümerpfandrecht entstanden ist oder nicht.

II. Zu bemerken ist hier noch, dass natürlich in der Hand des Pfandgläubigers das Eigentümerpfandrecht die Schranken, die ihm während seines Bestehens gesetzt sind, nicht abwirft. Der

Pfandgläubiger erhält eben nur die Rechte, die der Eigentümer hat; er kann also insbesondere Zinsen nur fordern, wenn das Grundstück auf den Antrag eines anderen, also einer Person, die weder mit ihm noch mit dem Eigentümer identisch ist, zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.[1])

III. Was von der Verpfändung des Eigentümerpfandrechtes gesagt ist, gilt auch von der Bestellung eines Niessbrauches an einem Eigentümerpfandrechte § 1069 des B. G. B.

§ 17.

Pfändung des Eigentümerpfandrechtes.

I. Bei der Pfändung des Eigentümerpfandrechtes handelt es sich um die Entscheidung der Frage, **ob die Pfändung eines Eigentümerpfandrechtes nach Abs. 2 oder nach Abs. 6 des § 857 der Z. P. O. stattzufinden hat**, ob also die Pfändung in dem Augenblicke als bewirkt anzusehen ist, in welchem dem Eigentümer das Gebot, sich jeder Verfügung über das Eigentümerpfandrecht zu enthalten, zugestellt ist, oder ob die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für die eine Hypothek besteht, Anwendung finden. Der Abs. 6 des angezogenen Paragraphen spricht schlechthin von einer Zwangsvollstreckung in eine **Grundschuld**: es kann also nicht unterschieden werden, ob die Grundschuld dem Gläubiger zusteht, oder dem Eigentümer; die Eigentümergrundschuld, mag sie von vornherein dem Eigentümer zustehen oder von einem Gläubiger auf ihn übergehen, ist eine Grundschuld im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches s. z. B. § 1196 Abs. 1 des B. G. B., wo es unzweideutig ausgesprochen ist, und es stehen im allgemeinen dem Eigentümer dieselben Rechte zu, wie jedem Gläubiger. Wie es mit der Eigentümergrundschuld ist, die von Anfang an Grundschuld ist, so ist es mit der Eigentümerhypothek, die aus der Hypothek hervorgeht; denn diese verwandelt sich kraft positiver Bestimmung in eine **Grundschuld** § 1177

§ 16.

[1]) R. G. J. W. 1905 S. 342.

Abs. 1 des B. G. B. Wenn also das Gesetz bei allen sonstigen Gelegenheiten die Eigentümerhypothek und -grundschuld als Grundschulden behandelt, so liegt kein Grund vor, in diesem Falle davon abzugehen, zumal es an einer positiven Bestimmung fehlt, kraft deren in diesem Falle die Eigentümerhypothek oder -grundschuld nicht als Grundschuld zu betrachten ist. Vergleichen wir die §§ 1080, 1291 des B. B. B., wo es sich um Bestellung eines Niessbrauches an einer Grundschuld, bezw. um Verpfändung derselben handelt, so finden wir, dass diese Paragraphen genau so lauten, wie unser Paragraph. Dort aber zweifelt niemand daran, dass unter Grundschuld die Eigentümerhypothek und -grundschuld mitzuverstehen sind,[1]) hier soll es auf einmal anders sein. In der ersten Fassung des Abs. 6 des § 857 der Z. P. O. war, um jeden Zweifel abzuschneiden, die Eigentümergrundschuld besonders erwähnt; die besondere Erwähnung wurde gestrichen, indem man die Eigentümergrundschuld angesichts des § 1177 des B. G. B. unter der Bezeichnung Grundschuld als mitbegriffen sah. Richtig ist, dass es bei einer Eigentümerhypothek und -grundschuld an einem Dritten fehlt, und also die Erfordernisse des Abs. 2 gegeben sind; aber es handelt sich eben um ein ganz eigens geartetes Recht, bei dem es an einem Dritten fehlt; dieser Eigenart des Rechtes ist nun in Abs. 6 Rechnung getragen: es unterliegt also keinem Zweifel, dass dieser Absatz als *lex specialis* gegenüber dem Abs. 2 als *lex generalis* (Gesetzeskonkurrenz) zur Anwendung zu kommen hat. Das moderne Grundpfandrecht beherrscht ferner unter anderen Grundsätzen auch der der Erkennbarkeit des Rechtes. Es soll jedermann, der ein berechtigtes Interesse hat, sich über die Rechte an Grundstücken und die Rechte an diesen Rechten orientieren können § 11 Gr. B. O. Dazu dient einerseits das Grundbuch, andererseits der Hypothekenbrief. Lässt man nun die Pfändung auf grund des Abs. 2 zu, so kommt sie in keiner Weise nach aussen zum Ausdrucke: es ist ein rein interner Akt, der lediglich eine Bindung des Eigentümers gegenüber dem Pfandgläubiger zur Folge hat. Das Prinzip der Erkennbarkeit ist also nicht gewahrt. Aber auch dem Pfandgläubiger ist mit dem Abs. 2 wenig gedient. Der Eigentümer ist trotz erfolgter

§ 17.

[1]) S. z. B. Prot. III. S. 426, 536.

Pfändung jederzeit in der Lage, sein Eigentümerpfandrecht an einen Dritten zu übertragen, es zu verpfänden, einen Niessbrauch daran zu bestellen. Gelingt es dem Pfandgläubiger nicht, den Nachweis zu führen, dass der Dritte gewusst hat, dass das Eigentümerpfandrecht gepfändet ist, dass also der Eigentümer in der Verfügung über sein Eigentümerpfandrecht zu gunsten des Pfandgläubigers beschränkt ist, so ist der Dritte geschützt §§ 892 Abs. 1 S. 2, 1155, 1154 des B. G. B., § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. Ist aber die Pfändung nach Abs. 6 vollzogen, so ist der gute Glaube ein für allemal ausgeschlossen.[2]) Es wird zugegeben, wie ja auch die Gegner dieser Ansicht als Hauptpunkt ins Treffen führen, dass eine Pfändung nach Abs. 6 oft mit grossen Schwierigkeiten verbunden sein kann, ja sogar, wie unten ausgeführt werden soll, in einem Falle geradezu unmöglich ist; allein das darf nicht dazu führen, die strikte Vorschrift des Abs. 6 ausser Acht zu lassen. Und wenn auch im einzelnen Falle sich die Pfändung als unmöglich erweist, so ist dies weniger bedauerlich, als wenn die Sicherheit des Verkehres dadurch gefährdet würde.

Und so hat denn die hier vertretene Ansicht allgemein Anklang in der Literatur und Rechtssprechung gefunden.[3]) Von den gegnerischen Ansichten interessiert uns nur die von Freudenthal. Er sagt: „Es ist nicht allein, wie es in Entsch. R. G. LVI. S. 186 gemeint ist, bei Eigentümerteilhypotheken oder -grundschulden schwierig, diese abzutreten oder zu pfänden; dieser Rechtsakt ist unmöglich, ein Ergebnis, das der Gesetzgeber sicher

[2]) A. M. Entsch. R. G. LIX. S. 313.

[3]) Bruck S. 237, Planck S. 588, Biermann S. 373, Achilles-Strecker S. 117, Seuffert und Freudenthal zu § 857, Du Chesne Sächs. A. XIV. S. 603, Entsch. R. G. LV. S. 378, LVI. S. 13, 184, LIX. S. 313, Bayr. Ob. L. G. Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 351, K. G. Rspr. I. S. 263, IV. S. 330, Entsch. F. G. III. S. 107, Soergel Rspr. 1903 S. 469, O. L. G. Dresden Rspr. VI. S. 401, S. 403, VII. S. 413, L. G. Dresden Soergel Rspr. 1900/1 S. 497, L. G. Graudenz ebd., O. L. G. Kolmar Els. Not. Z. XXIII. S. 137, 326, O. L. G. Jena Entsch. F. G. II. S. 198, s. auch R. G. Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 490.

gegen

Gaupp-Stein, Sydow-Busch, Petersen-Anger, Struckmann-Koch und Neumiller zu § 857, Oberneck S. 652/7 und 849 und Gruch. Beitr. a. a. O. S. 339, Turnau-Förster S. 750, Freudenthal J. W. 1902 S. 602 ff., O. L. G. Celle Rspr. IV. S. 74, O. L. G. Dresden Seuff. A. LIX. S. 122, Entsch. R. G. XLIII S. 427. Diese letztere Enstcheidung kommt nicht in Betracht, da sie das frühere Recht betrifft.

nicht gewollt hat. Dieses Ergebnis ist aber geboten, wenn unter Hypothek im Sinne des § 1154 des B. G. B. und des § 830 der Z. P. O. die Eigentümerhypothek und unter Grundschuld nach § 1192 B. G. und § 857 Abs. 6 der Z. P. O. die Eigentümergrundschuld fällt." Dass die Ansicht, dass bei Eigentümerteilhypotheken eine Pfändung rechtlich unmöglich ist, eine ganz verkehrte ist, soll weiter unten nachgewiesen werden. „Diese Subsumierung", fährt er fort, „ist jedoch nicht notwendig, sondern direkt ausgeschlossen. Bei der Eigentümerhypothek wird der Eigentümer Träger der Eigentümerhypothek kraft Gesetzes, gleichgiltig, ob der alte Gläubiger den Besitz am Briefe aufgibt oder nicht. Sein Recht ist unabhängig vom Briefe, von seiner Eintragung im Grundbuche. Er erhält sein Recht nicht infolge eines Abtretungsvertrages, sondern kraft Gesetzes, er leitet sein Recht nicht von einem eingetragenen Gläubiger ab, für ihn ist kein Platz in der zusammenhängenden, auf den zuerst eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von Gläubigern. Für ihn kommt § 1154 des B. G. B. nicht in Betracht. Er hat ein materielles Recht ausserhalb des Grundbuches, ohne Besitz des Briefes. Für die Uebertragung dieses Rechtes durch Rechtsgeschäft sind Sondervorschriften nicht gegeben, ebensowenig für die Pfändung. Für die Uebertragung greift infolge dessen § 413 des B. G. B. ein. Um dies herbeizuführen, genügt der Abtretungsvertrag. Für die Pfändung ist, da es an einem Drittschuldner fehlt, nach § 857 Abs. 2 der Z. P. O. Zustellung des Veräusserungsverbotes an den Eigentümer genügend." Darüber besteht kein Zweifel, dass zum Erwerbe eines Eigentümerpfandrechtes weder Eintragung in das Grundbuch noch Uebergabe des Briefes mit schriftlicher Abtretungserklärung nötig ist; wohl aber ist dies erforderlich zur Begebung des Eigentümerpfandrechtes. Der Eigentümer muss sich gemäss § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. eintragen lassen; er muss gemäss § 1155 des B. G. B. sich in den Besitz des Briefes und eines öffentlich-beglaubigten Anerkenntnisses der kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung des Grundpfandrechtes setzen, will er sein Eigentümerpfandrecht verwerten. Für ihn ist der Brief genau so wichtig, wie für den Gläubiger, für ihn ist gerade so Platz in der zusammenhängenden, auf den zuerst eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von Gläubigern; sein Recht muss ebenso erkennbar sein aus dem Grundbuche. Wenn nun Freudenthal behauptet, zur Abtretung des Eigentümerpfandrechtes genüge der formlose Ab-

tretungsvertrag, so braucht darüber kein Wort verloren zu werden. Er steht damit mit der ganzen Literatur und Rechtssprechung im Widerspruche. Seine Ansicht wird schon damit geschlagen, dass durch die Begebung des Eigentümerpfandrechtes wieder eine Gläubigerhypothek oder -grundschuld entsteht, also dann mindestens §§ 1113, 1192, 873 des B. G. B. Anwendung finden müssten. Wollte man der Ansicht Freudenthals beipflichten, so müsste man auch Grundpfandrechte, wenn sie kraft Gesetzes auf einen **Gläubiger** übergehen (z. B. Vererbung, § 1164, § 269 des B. G. B. u. s. w.) als Grundpfandrechte untergeordneter Art betrachten. Denn auch deren Recht ist unabhängig von der Eintragung im Grundbuche, von dem Besitze am Briefe. Es würde zu deren Abtretung, Verpfändung, Niessbrauchbestellung der einfache Abtretungsvertrag genügen. Allein diese Ansicht wird auch Freudenthal nicht teilen.

II. Nachdem somit diese Streitfrage dahin entschieden ist, dass die Pfändung eines Eigentümerpfandrechtes nach Abs. 6 des § 857 der Z. P. O. zu geschehen hat, so müssen wir wiederum scheiden: die Pfändung eines **Eigentümerbuchpfandrechtes** und die Pfändung eines **Eigentümerbriefpfandrechtes.**

A. Handelt es sich um die erstere Art, so ist vorgängige Eintragung des Eigentümers als Berechtigten des Eigentümerpfandrechtes erforderlich, da ja zur Pfändung eine Eintragung in das Grundbuch nötig ist. Steht man natürlich auf dem Standpunkte, dass der § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. auf Eigentümerpfandrechte keine Anwendung findet, so genügt der in einer dem § 29 der Gr. B. O. entsprechenden Form erbrachte Nachweis der Entstehung des Eigentümerpfandrechtes.[4]) Ist der Eigentümer bereits als Berechtigter im Grundbuche eingetragen, so gestaltet sich die Pfändung sehr einfach. Nach § 830 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 829 Abs. 1 der Z. P. O. geschieht die Pfändung durch einen Pfändungsbeschluss und durch eine auf grund dieses Beschlusses erfolgende Eintragung der Pfändung in das Grundbuch. Der Pfändungsbeschluss wird auf ein Gesuch des Pfandgläubigers vom Vollstreckungsgerichte erlassen und enthält, da die Vorschriften, die sich auf das Vorhandensein eines Drittschuldners beziehen,

[4]) Ausdrücklich erwähnt bei Bruck, Biermann, K. G., Bayr. Ob. L. G u. O. L. G. Jena a. a. O.

in Wegfall kommen, lediglich das Gebot an den Eigentümer, sich jeder Verfügung über das Eigentümerpfandrecht, insbesondere bei einer Zwangsvollstreckung der Einziehung des Erlöses, zu enthalten. Der Abs. 2 des § 830 der Z. P. O. kommt hier nicht in Betracht, da der Eigentümer in unserem Falle nicht als **Dritt**schuldner, sondern als **Pfand**schuldner zu betrachten ist.[5])

Wesentlich schwieriger und umständlicher gestaltet sich die Pfändung, wenn der Eigentümer nicht als Berechtigter im Grundbuche eingetragen ist. Hier sind wiederum zwei Fälle zu unterscheiden. Gibt der als Gläubiger Eingetragene in gehöriger Form seine Einwilligung zur Grundbuchberichtigung §§ 19, 29 der Gr. B. O., so kann auf grund des § 14 der Gr. B. O. der Pfandgläubiger als derjenige, welcher auf grund eines gegen den Eigentümer gerichteten, vollstreckbaren Titels eine Eintragung in das Grundbuch verlangen kann, die Berichtigung des Grundbuches durch Eintragung des Eigentümers als Berechtigten beantragen, da ja die Zulässigkeit der Eintragung der Pfändung gemäss § 40 Abs. 1 der Gr. B. O. von der vorgängigen Berichtigung des Grundbuches abhängt.[6]) Der von dem Pfandgläubiger zu stellende Antrag ist formlos § 30 der Gr. B. O. Gibt jedoch der Gläubiger seine Einwilligung zur Grundbuchberichtigung nicht, so muss die Einwilligung erstritten werden. Nach § 894 des B. G. B. steht dem Eigentümer das Recht zu, von dem Gläubiger die Bewilligung zur Grundbuchberichtigung zu verlangen. Das Reichsgericht hat[7]) sich bereits dahin ausgesprochen, dass der Berichtigungsanpruch übertragbar ist.[8]) Es kann also auch der Berichtigungsanspruch gepfändet werden § 851 Abs. 1 der Z. P. O.[9]) Hat sich der Pfandgläubiger nach erfolgter Pfändung § 829 der Z. P. O. den Berichtigungsanspruch zur Einziehung überweisen

[5]) Zustimmend Buhe D. J. Z. 1905 S. 1116 gegen Koppers ebd. S. 731, Bruck und Biermann a. a. O. Würde man der Ansicht der letzteren beipflichten, so würde dies eine Rückkehr zu § 857 Abs. 2 der Z. P. O. bedeuten. Der Umweg über § 857 Abs. 6 und § 830 Abs. 1 der Z. P. O. wäre dann aber überflüssig.

[6]) S. Achilles-Strecker S. 117.

[7]) Gruch. Beitr. XLV, S. 945.

[8]) Ebenso Gaupp-Stein zu § 851 gegen du Chesne a. a. O.

[9]) Zu demselben Resultat kommt du Chesne ohne Begründung, ebenso O. L. G. Dresden Rspr. VI. S. 401.

lassen (nicht an Zahlungsstatt) § 835 Abs. 1 der Z. P. O., so kann er gegen den Eigentümer auf Einwilligung zur Grundbuchberichtigung klagen. Jetzt kann der Pfandgläubiger auch gemäss § 899 des B. G. B. einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eintragen lassen und dadurch verhindern, dass der eingetragene Gläubiger die Rechte des Eigentümerhypothekars und damit die Rechte des Pfandgläubigers gefährdet. Nicht aber kann man dem Pfandgläubiger das Recht einräumen, den Anspruch auf Pfändung des Eigentümerpfandrechtes durch Eintragung einer Vormerkung mit den Wirkungen des § 883 des B. G. B. sichern zu lassen. Eine Vormerkung kann nur eingetragen werden zur Sicherung eines Anspruches auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte u. s. w. Es handelt sich also lediglich um **privatrechtliche** Ansprüche, denen die Verpflichtung gegenübersteht, die Eintragung des Rechtes auf Verlangen des Berechtigten zu bewilligen und dadurch das Recht einzuräumen §§ 894, 873 des B. G. B., § 19 der Gr. B. O. Das trifft beim Pfändungspfandrechte nicht zu. Ein Anspruch auf Eintragung der Pfändung, vermöge dessen der Pfandgläubiger die Bewilligung der Eintragung vom Schuldner verlangen kann, besteht nicht. Die Eintragung der Pfändung erfolgt kraft Gesetzes auf grund eines Pfändungsbeschlusses § 830 der Z. P. O., nicht aber auf Bewilligung des Schuldners.[10]) Liegt eine rechtskräftige Verurteilung des Gläubigers vor, so gilt die Einwilligung zur Grundbuchberichtigung als abgegeben § 894 der Z. P. O. Die Eintragungsbewilligung ist durch eine öffentliche Urkunde (Urteil) nachgewiesen; der Pfandgläubiger kann die Eintragung des Eigentümers beantragen §§ 13, 14, 19, 29, 30 der Gr. B. O. Jetzt ist der Eigentümer eingetragen, das Verfahren ist von nun an wie oben.

B. Die **Pfändung des Eigentümerbriefpfandrechtes** vollzieht sich analog den Bestimmungen des § 1154 des B. G. B. durch den Pfändungsbeschluss und Uebergabe des Briefes § 830 Abs. 1 S. 1 der Z. P. O. Nicht erforderlich ist, dass der Eigentümer im Besitze einer von ihm auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich-beglaubigten Abtretungserklärungen

[10]) Entsch. R. G. LVI. 14/5, O. L. G. Dresden Rspr. VI. 401.

bezw. Anerkenntnissen ist; denn es handelt sich hier um einen **nicht** rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Rechtes an einem Grundstücke; es findet also der durch § 1155 des B. G. B angezogene § 892 des B. G. B. keine Anwendung. Ist der Eigentümer im Besitze des Briefes, so wird der Brief gepfändet, indem der Gerichtsvollzieher ihn in Besitz nimmt, und damit gilt die Uebergabe im Sinne des § 830 Abs. 1 S. 1 der Z. P. O. als erfolgt §§ 808 Abs. 1, 830 Abs. 1 S. 2 der Z. P. O. Ist der Eigentümer nicht im Besitze des Briefes, so pfändet der Pfandgläubiger den dem Eigentümer nach §§ 952 Abs. 2, 985 des B. G. B. gegen den Besitzer des Briefes — sei es der Gläubiger oder ein Dritter — zustehenden Herausgabeanspruch und lässt ihn sich überweisen §§ 846, 847, 829, 835 der Z. P. O., wobei anzuordnen ist, dass der Brief an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben ist. Auf grund der Ueberweisung klagt der Pfandgläubiger auf Herausgabe an den Gerichtsvollzieher; auf grund des hierauf erlangten Vollstreckungstitels wird der Brief vom Gerichtsvollzieher weggenommen §§ 808 Abs. 1, 830 Abs. 1 S. 2 der Z. P. O.

Wesentlich umständlicher ist die Pfändung bei **Eigentümerteilhypotheken.** Hier steht, wie Freudenthal ganz richtig bemerkt, dem Eigentümer der Anspruch auf Herausgabe des Briefes nicht zu; wohl aber kann der Eigentümer für die Fälle der teilweisen Befriedigung durch den Eigentümer und des teilweisen Verzichtes des Gläubigers verlangen, dass der Gläubiger die teilweise Befriedigung bezw. den teilweisen Verzicht auf dem Briefe vermerkt und den Brief zum Zwecke der Grundbuchberichtigung oder Herstellung eines Teilhypothekenbriefes für den Eigentümer dem zuständigen Notar vorlegt §§ 1145 Abs. 2, 1168 Abs. 3 des B. G. B., s. auch § 61 Abs. 3 der Gr. B. O. Diesen Anspruch kann sich der Pfandgläubiger pfänden und überweisen lassen und dann Klage erheben. Der Brief wird vom Gerichtsvollzieher weggenommen und dem Notar vorgelegt; dieser stellt den Teilhypothekenbrief her und vermerkt dies auf dem bisherigen Briefe, der dem Gläubiger zurückgegeben wird. Mit der Aushändigung des Teilhypothekenbriefes an den Gerichtsvollzieher ist die Pfändung vollendet.

Der § 1145 des B. G. B. trifft eigentlich den Fall des § 1163 Abs. 1 S. 1 nicht. Trägt man Bedenken, ihn auf diesen Paragraph

Anwendung finden zu lassen, so kann man auf dem vom Reichsgerichte [11]) angegebenen Umwege ebenso zum Ziele kommen. Als Gläubiger der Teilhypothek steht dem Eigentümer das Miteigentum am Briefe zu dem entsprechenden Bruchteile zu § 952 Abs. 2 des B. G. B. Der Eigentümer hat das Recht, die Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses zu verlangen § 749 Abs. 1 des B. G. B. Da eine Teilung der Hypothekforderung vorliegt, so kann für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief hergestellt werden § 1153 des B. G. B., und dann die Teilung *in natura* vollzogen werden § 752 des B. G. B. Der Eigentümer hat also das Recht, die Herstellung eines Teilhypothekenbriefes zu fordern, kann also verlangen, dass der Gläubiger den Brief dem Notar aushändigt, damit dieser gemäss § 61 Abs. 2 der Gr. B. O. den Teilhypothekenbrief herstellt. Der vorhandene Brief ist, mit einem entsprechenden Vermerke versehen § 61 Abs. 3 der Gr. B. O. dem Gläubiger zu belassen. Der Pfandgläubiger des Eigentümers kann die genannten Ansprüche des Eigentümers gegen den Gläubiger pfänden und sich überweisen lassen, s. obige Ausführungen.[12])

III. **Eine weitere Pfändung des Eigentümerbriefpfandrechtes** ist mit Rücksicht auf den Umstand, dass zur Pfändung die Uebergabe des Briefes erforderlich ist, unmöglich. Nichts dürfte aber im Wege sein, dass ein bereits gepfändetes **Eigentümerbuchpfandrecht** noch gepfändet werden kann. Die Pfändung geschieht eben durch den Pfändungsbeschluss und durch die Eintragung, die mit Rücksicht darauf, dass der Eigentümer nunmehr bereits im Grundbuche eingetragen ist, sehr erleichtert ist.[13])

IV. Bezüglich **der Rechte des Pfandgläubigers nach gelungener Pfändung** kann auf das bei der Verpfändung des Eigentümerpfandrechtes Gesagte verwiesen werden.[14])

V. Die **Pfändung eines zukünftigen Eigentümerpfandrechtes** und die **Pfändung** des nach Abwicklung der Geschäfte **bei einer Höchstbetragshypothek sich eventuell ergebenden Eigentümerpfand-**

[11]) Entsch. R. G. LIX. S. 313.

[12]) K. G. Entsch. F. G. III. S. 107.

[13]) Bruck S. 340.

[14]) S. auch L. G. München Bl. f. R. A. LXX. S. 431 und die dort angezogenen Entscheidungen des K. G.

rechtes wären an und für sich möglich, da bedingte und betagte Forderungen gepfändet werden können § 844 Abs. 1 der Z. P. O. Allein beide Pfändungen sind nach den oben entwickelten Grundsätzen undurchführbar. Handelt es sich um die Pfändung eines Buchpfandrechtes, so ist zur Eintragung der Pfändung die vorgängige Eintragung des Eigentümers erforderlich; dies ist aber in beiden Fällen unmöglich. Denn im ersten Falle ist überhaupt ein Eigentümerpfandrecht noch nicht entstanden, und also auch ein Berichtigungsanspruch nicht gegeben. Im zweiten Falle ist es möglich, dass im Augenblicke der Pfändung ein Eigentümerpfandrecht vorhanden ist. Allein auch hier hat der Eigentümer keinen Berichtigungsanspruch. Der Eigentümer hat erst dann einen Berichtigungsanspruch, wenn auf grund des Rechtsverhältnisses neue Forderungen unter keinen Umständen mehr entstehen können, und die Summe der Forderungen unter dem Höchstbetrage zurückbleibt.[15]) Handelt es sich um ein Briefpfandrecht, so ist es für den Eigentümer unmöglich, den Brief zu erlangen; ebenso ist es unmöglich, einen Teilhypothekenbrief herzustellen; denn es ist zweifelhaft, in welcher Höhe das Eigentümerpfandrecht zur Entstehung gelangen wird; auf dem Hypothekenbriefe muss aber die Höhe angegeben sein § 61 Abs. 2 der Gr. B. O.[16])

Es ist also in diesen beiden Fällen nur der erste Akt der Pfändung, der Pfändungsbeschluss möglich; derselbe hat jedoch lediglich obligatorische Wirkung. Der dingliche Akt kann erst dann vollzogen werden, wenn das Eigentümerpfandrecht wirklich zur Entstehung gelangt ist, bezw. wenn die Geschäfte endgültig abgewickelt sind.[17]) Bei der Maximalhypothek scheint dies auf den ersten Augenblick ungerechtfertigt, da ja in dem Augenblicke der Erlassung des Pfändungsbeschlusses ein Eigentümerpfandrecht vorhanden sein kann, und dasselbe sich auch bis zur Beendigung des zu grunde liegenden Rechtsverhältnisses erhalten kann. Allein es liegt in der eigenartigen Natur der Maximalhypothek, dass der gegenwärtige Stand der Verhältnisse — wie weit Gläubigerpfandrecht, wie weit Eigentümerpfandrecht — sich fortwährend

[15]) S. auch R. G. Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 480/2 gegen Bayr. Ob. L. G. ebd. S. 350/1.

[16]) K. G. Entsch. F. G. III. S. 107.

[17]) Gaupp-Stein zu § 857 Abs. 6.

ändern kann. Und dann wäre doch dem Pfandgläubiger wenig gedient, wenn nach verlangter Pfändung der Eigentümer und ein Dritter jederzeit seine Pfändung gegenstandslos machen könnten, indem sie neue Forderungen zum Entstehen brächten.[18])

Steht man freilich auf dem Standpunkte von Gaupp-Stein u. A., so ist die Frage leicht gelöst: hier genügt die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer.

[18]) S. dagegen Oberneck S. 656.

V. Abschnitt.

Die Endigung des Eigentümerpfandrechtes.

Bei der Endigung des Eigentümerpfandrechtes müssen wir zwei Arten unterscheiden: die **relative Endigung** und die **absolute Endigung.**

I. Die erstere bedeutet nur ein vorübergehendes Verschwinden des Eigentümerpfandrechtes, die Umwandlung desselben in ein Gläubigerpfandrecht, sei es, dass dem Eigentümer das Pfandrecht verbleibt, und das Eigentum in die Hand eines Dritten übergeht — Uebertragung des Eigentumes unter Zurückbehaltung des Eigentümerpfandrechtes —, sei es, dass das Pfandrecht seinen Herrn wechselt, und das Eigentum unverändert bleibt — Abtretung des Eigentümerpfandrechtes —. In beiden Fällen ist das Eigentümerpfandrecht jederzeit wieder in der Lage, infolge seiner elastischen Natur wieder emporzuschnellen, sobald das Recht des Gläubigers in Wegfall kommt. Während aber im letzteren Falle dem alten Eigentümer die Anwartschaft auf das Eigentümerpfandrecht verbleibt, tritt im ersteren Falle an seiner Stelle der Erwerber des Grundstückes.

II. Ganz anders ist es mit der absoluten Endigung des Eigentümerpfandrechtes. Hier ist das Verschwinden ein endgiltiges; hier wird es im Grundbuche gelöscht. Hinsichtlich der Löschung unterscheiden wir die **freiwillige** und die **unfreiwillige.**

Ist der Eigentümer als Berechtigter im Grundbuche eingetragen, so erfolgt die Löschung durch einseitige, abstrakte, formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung gemäss § 875 des B. G. B. Erklärungsgegner ist das Grundbuchamt § 130 des B. G. B. Der Abs. 2 des § 875 findet Anwendung. Nach dem formellen Grundbuchrechte muss die Form des § 29 der Gr. B. O.

gewahrt werden. Ist der Eigentümer nicht im Grundbuche eingetragen, so ist ausserdem nach dem formellen Grundbuchrechte die Löschungsbewilligung des als Gläubiger Eingetragenen erforderlich §§ 19, 29 der G. B. O. Die Löschung ist dann zweckdienlich, wenn das Eigentümerpfandrecht den letzten Rang inne hat. Der Eigentümer kann sich jedoch auch verpflichten, das Grundpfandrecht löschen zu lassen, wenn es Eigentümerpfandrecht werden sollte. Allein diese Verpflichtung hat nur obligatorische Bedeutung zwischen den Parteien; dingliche Wirkung erhält sie nur, wenn zu ihrer Sicherung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wird §§ 883 ff., 1179 des B. G. B.

Die unfreiwillige Löschung erfolgt auf grund der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Ist das Eigentümerpfandrecht im Range vor dem betreibenden Gläubiger, so ist es in das Mindestgebot aufzunehmen und kann von dem Ersteher auf den Kaufpreis übernommen werden (=Uebernahmesystem); es wird dann zum Gläubigerpfandrecht des bisherigen Eigentümers. Ist es im Range hinter dem betreibenden Gläubiger, so erlischt es kraft Gesetzes und muss von Amts wegen gelöscht werden §§ 52 Abs. 1 S. 1 und 2, 49 Abs. 1, 44 Abs. 1 des Zw. G.